

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

de quelques idées sur la notion de légalité
particulièrement au Droit positif Français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Juin 1934, à 14 heures

PAR

Jacques SIMON

Président : M. BARTHELEMY,

Suffragants { M. LAFERRIERE,
M. SCELFE,

P A R I S

Jean MORAX

IMPRIMEUR

63, Rue Nollet

1934

ESSAI

**de quelques idées sur la notion de légalité
particulièrement au Droit positif Français**

ESSAI

de quelques idées sur la notion de légalité
particulièrement au Droit positif Français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Juin 1934, à 14 heures

PAR

Jacques SIMON

Président : M. BARTHELEMY,

Suffragants { M. LAFERRIERE,
M. SCELFE,

P A R I S

Jean MORAX

IMPRIMEUR

63, Rue Nollet

1934

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme
propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

1° Dans un article paru dans la Revue Trimestrielle du Droit — 1929 — sous le titre : « A la recherche du Fondement du Droit, y a-t-il un romantisme juridique », M. le Professeur Cuhe en proie au plus noir pessimisme écrivait : « Il est vraiment très heureux que les travaux
« des juristes n'intéressent pas l'opinion publique... S'il
« en était autrement, quel désarroi dans l'intelligence du
« Français moyen
« Ceux-là même qui font œuvre de législateur et ils sont
« quelques centaines en France, ont-ils nettement con-
« science des fins supérieures de leur activité légiférante ?
« Ils créent le droit. Savent-ils ce que c'est que le Droit ?
« Ils édictent des règles de conduite. Savent-ils en fin de
« compte où ils mènent ceux qu'ils conduisent ? Ont-ils
« une idée précise des origines et des limites du pouvoir
« qu'ils exercent ? J'en doute. Allons plus loin. Si ceux qui
« font le Droit ne savent pas toujours ce qu'ils font par-
« donnons-leur et réservons notre étonnement pour ceux
« qui l'enseignent et ne paraissent pas le savoir davantage.
« La meilleure preuve ? C'est qu'ils ne s'accordent pas
« pour le définir. Ils écrivent encore des livres pour pro-
« poser en plein XX^e siècle une nouvelle définition du
« Droit. Chacun conçoit à sa façon le fondement et le but

« du Droit. S'il faut en croire un ouvrage récent, il y
« aurait une conception classique qui s'opposerait à une
« conception romantique... »

S'il nous était permis de nous étonner de quelque chose
ce serait bien de l'étonnement manifesté par l'éminent
professeur.

Depuis que le monde pense, il est à la recherche d'un
absolu.

Hegel autrefois commît la vanité de croire que sa philo-
sophie dépassant toutes les autres philosophies, toutes les
religions, toutes les sciences et tous les arts, livrerait enfin
le mot de l'univers.

La pensée humaine n'a pas attendu la mort d'Hegel pour
reprendre son éternel mouvement.

Ce besoin d'un absolu, c'est-à-dire d'une base fixe à
partir de laquelle l'esprit puisse enchaîner logiquement
tout l'univers est un des besoins les plus remarquables de la
pensée et la raison pour laquelle probablement elle ne le
trouvera jamais.

Toutes les disciplines ont besoin de s'appuyer sur des
postulats. Mais malgré la philosophie Platonicienne, qui
nous invite à la pure intuition métaphysique, malgré la
désespérante démonstration de Kant, l'esprit humain ne
veut pas se résoudre à dominer le réel. Il veut le com-
prendre.

On se rappelle la sorte de désespoir philosophique avec
lequel Henri Poincaré constatait, après trois siècles de
mécanique classique que le monde ne pouvait plus être
décrit par des équations différentielles et qu'il fallait
trouver autre chose.

Le Droit n'a pas échappé à ce besoin. Comme toutes les
autres disciplines, il repose sur certains postulats.

Que valent ces postulats, que représentent-ils ? Peuvent-
ils être légitimement ou utilement remplacés par d'autres.
Il eût été curieux que l'esprit humain ne se le demandât
pas, et il eût été encore plus curieux, au contraire de tou-
tes les autres disciplines, qu'il eût déjà trouvé la solution !



Quel philosophe n'a pas examiné la nature du Droit et son fondement.

Leibnitz a dit de lui qu'il était un « pouvoir moral ». Pouvoir d'action puisque l'idée que c'est pour moi un droit est une des causes les plus puissantes qui me poussent à agir ; pouvoir d'arrêt puisque la reconnaissance d'un droit chez autrui sera une cause capable de limiter mon activité.

Pour Kant, le droit est une organisation tout extérieure, nécessaire lorsque des êtres indépendants veulent vivre ensemble, n'établissant qu'un ordre extérieur et cet ordre de la légalité n'a aucune importance morale comme la moralité c'est-à-dire la bonne intention, n'aurait pas à intervenir dans le domaine du Droit.

Fichte, plus rigoureusement encore s'efforce de fonder la théorie du Droit d'une manière absolument indépendante de la morale. Le principe du droit c'est uniquement selon lui, la résolution de vivre en commun, quels que soient les motifs qui amènent à prendre cette décision. De ces motifs moraux ou autres, le droit n'a pas à tenir compte. Il se trouve donc posé sans qu'on ait besoin de morale.

D'autres doctrines identifient le droit avec la force. On a le droit de faire tout ce que l'on peut matériellement faire.

Chez Spinoza, cette doctrine revêt un caractère nettement métaphysique et même mystique. Pour lui, la force venait de Dieu, qui manifestement possède tous droits. Chaque être a d'autant plus de force qu'il participe davantage à la substance divine et dès lors sa force est l'expression du droit suprême de la substance infinie.

Selon Hegel, l'histoire de l'humanité n'est rien autre chose que le progrès par lequel le droit, l'idée du Droit se manifeste de plus en plus expressément, et de plus en plus complètement. La victoire est le signe du Droit. La force en

est l'expression visible. Tout triomphe de la force est un triomphe du Droit.

Hobbe et Helvetius ont fondé le droit sur le besoin. L'homme a naturellement droit à tout ce dont il a besoin et le « droit à la fin donne droit à tous les moyens nécessaires ». Si donc deux individus désirent la même chose, celui qui sera le plus fort aura droit de la prendre. La force n'est pas le fondement du droit ; elle en est la mesure. Les hommes sont nés purement égoïstes. Pour s'assurer les biens de la paix et la tranquillité ils ont, par un pacte social, transféré la force et par conséquent le Droit au souverain, qui peut imposer aux individus n'importe quelle contrainte. L'individu n'a donc plus que le devoir d'obéir ou le droit de se tuer.



Arrêtons là cet aperçu succinct des doctrines philosophiques dans l'examen desquelles nous ne saurions entrer.

Les juristes ne sont pas restés muets non plus sur le fondement des règles qui forment leur discipline positive.

Je n'en veux pour preuve que les publicistes contemporains : Duguit tout inspiré de Durkheim qui fonde la règle du droit sur la solidarité sociale, Hanriou sur la valeur du pouvoir de l'élite ; Kelsen, le champion de la science pure, du Droit, sur l'ordre normatif ; Jellinek et Carré de Malberg, sur la volonté de l'Etat ; Le Fur sur le Droit Naturel.

Là aussi recherche de cet absolu, inquiétude de ne pas l'avoir trouvé.

Le dernier mot en la matière paraît avoir été écrit par M. Scelle sur ce qu'il appelle le caractère impératif du Droit intersocial (Précis de Droit des gens. Principes et systématique — 1^o partie — Introduction — Le milieu intersocial — 1932 — Page 30 et suiv.

Voici comment s'exprime l'éminent professeur : « La « source du Droit intersocial est la même que celle de

« toute autre discipline juridique. Elle est unique et se
« trouve dans le fait social. Toute forme sociale ou inter-
« sociale dérive d'une contrainte qui s'impose d'elle-même
« aux individus. Si elle n'est pas respectée et s'il n'y a pas
« réalisation de la solidarité dans le groupe, celui-ci s'éva-
« nouit et disparaît. La source du Droit international est
« dans les rapports internationaux comme la source du
« Droit dans les rapports individuels. Son caractère obli-
« gatoire dérive de la nécessité de ces rapports... »

J'arrête là la citation, non pas pour me livrer à un débat contradictoire (dans lequel je me sens vaincu d'avance) sur cette façon de concevoir le fondement du Droit mais pour poser au côté de cette conception, les idées que j'ai cru devoir exposer dans cette thèse.

Le savant professeur parle du caractère obligatoire du droit qui dérive de la nécessité des rapports sociaux. Il entend probablement par là, le Droit en soi.

Mais au regard du juriste, c'est-à-dire de celui qui est obligé de donner une réponse juridique précise à une question posée, ce n'est pas le Droit en soi qui est intéressant ; mais la règle particulière qu'il convient d'appliquer.

Je consens volontiers que le Droit en soi soit obligatoire du seul fait de sa nécessité. Mais telle règle prise dans son contenu particulier n'est jamais obligatoire et la plupart du temps une règle différente ou même opposée serait concevable.

Dès lors, au regard du positiviste, le caractère obligatoire du droit tient uniquement dans la contrainte et la règle de droit c'est celle que peut être imposée, c'est-à-dire le plus souvent celle organisée par le plus fort.

Entendons-nous bien, il ne s'agit point ici de penser basement. Je ne conteste pas le droit au juriste d'examiner le problème du fondement du Droit. Mais alors il le fait en tant que philosophe et non en tant que juriste et son étude ne peut porter que sur le droit en soi et non sur les règles positives à appliquer.

Je ne pense pas non plus qu'il faille dire que le droit du plus fort est toujours le meilleur, ce qui est une absurdité. Mais je pense que le droit positif, c'est-à-dire la règle particulière au nom de laquelle on peut contraindre les individus, ne prend cette qualité que par l'appui que lui accorde les volontés qui dominent.

Ces volontés ne créent pas toutes les règles du droit positif. Elles en créent quelques-unes, elles trouvent les autres toutes faites et ne font que les consacrer de leur autorité. Mais au regard du droit positif, ce qui constitue la règle de droit c'est cette possibilité de contrainte et à notre avis, cette contrainte se trouve uniquement dans une force volontaire, que celle-ci soit individuelle, collective ou sociale.



Rappelons ici ce que disait Alain dans un de ses propos : « Bismark a eu tort de dire que la Force prime le Droit. Il aurait dû dire que dans les débats obscurs et sans autre issue la Force crée le Droit... Nous sommes de chair et d'os, et soumis aux forces, c'est une condition qu'il faut d'abord accepter ».

Je me suis donc gardé de toute intrusion dans le domaine philosophique ou métaphysique, que je ne me croyais pas le droit d'aborder dans une thèse de droit positif. J'ai gardé à ce sujet précieusement mes idées par devers moi.

Je me suis donc gardé de toute intrusion sur le domaine et le plus strictement positif et je me suis proposé d'étudier le mécanisme du droit positif, la grande part qu'il fait aux concepts techniques, particulièrement dans le droit Français.

J'ai voulu montrer que la légalité (et j'entends par ce mot l'ensemble des règles positives, quelle que soit d'ailleurs leur origine) supposait toujours l'intervention d'une volonté de domination et qu'elle constituait ainsi une sorte

d'armature artificielle, plaquée sur l'organisation sociale afin d'en faciliter le jeu et d'en maintenir les institutions.

J'ai voulu montrer que ce mécanisme supposait à partir d'un certain moment dans l'histoire des sociétés l'intervention de la Nation sous la forme juridique de l'Etat et comment ce Droit Français, cette volonté de l'Etat s'affirmait par l'empire presque exclusif du pouvoir législatif sans que celui-ci fût soumis à aucune règle limitant son intervention.

Telles étaient mes intentions. Les ai-je réalisées ?



En toute chose il faut connaître ses défauts. Ceux de cette thèse sont immenses et le premier est d'avoir été écrite trop rapidement.

Des nécessités d'ordre professionnel m'ont poussé à le faire. On voudra bien m'en excuser. Le résultat est que la suite logique des idées apparaît mal et que certains développements manquent d'équilibre.

Je l'avoue, cette thèse paraîtra moins le développement d'une idée vivie et nette que peut-être les pacifiques dialogues juridiques auxquels ont coutume de se livrer entre eux les différents lobes de mon cerveau quand je les laisse divaguer en toute liberté. Je dois donc compter surtout sur l'indulgence de mes professeurs pour mériter un titre qui sera dû beaucoup plus à ma bonne volonté qu'à un résultat effectif.

Je me rappelle la critique que Ferdinand Brunot, vice-recteur de l'Académie de Paris, avait l'habitude de faire aux thèses qu'il présidait : « Monsieur, disait-il, il y a dans votre thèse des idées justes et il y des idées neuves ». Et il s'empressait d'ajouter : « Malheureusement les idées justes ne sont pas neuves et les idées neuves ne sont pas justes ».

Je n'ai pas la prétention d'avoir écrit aucune idée neuve. Si par aventure, il se trouvait en cette thèse quelques idées justes tout le mérite en reviendrait à tous les savants

juristes que j'ai cités dans cet ouvrage et qui m'ont, dans la grande amitié des livres, prêté quelques-unes de leurs pensées.

Je ne puis donc que les remercier en souhaitant qu'ils n'aient pas trop de honte à les retrouver dans ces quelques pages.

En songeant d'ailleurs à ce que j'avais rêvé de faire et à ce que je termine aujourd'hui, il me revient à l'esprit la fable de la Montagne qui accouche d'un rat.

Première désillusion et peut être la plus triste. Puissè-je m'en consoler en pensant que c'est là le plus souvent l'image de la destinée humaine.

CHAPITRE I

LES ELEMENTS DE LA LEGALITE

I

Toute thèse suppose une hypothèse. Il m'a paru donc utile sinon nécessaire de faire précéder les quelques considérations sur notre droit positif, qui sont le but que je me suis assigné, de réflexions rapides qui en forment le préliminaire.

Une œuvre de droit positif ne doit point se borner, croyons-nous, à une sèche exposition. Un exposé même objectif appelle ensuite nécessairement un jugement d'appréciation.

Quoique cette manière de concevoir l'œuvre de droit ait été critiquée par main juriste (1), nous pensons cependant que c'est la seule qui convienne à la matière d'une thèse.

(1). Notamment M. Gaston Jèze, dans l'avant-propos de son livre : « Les principes généraux du Droit administratif ». — « Le Droit d'un pays est l'ensemble des règles — qu'on les juge « bonnes ou mauvaises, utiles ou néfastes — qui à un moment « donné, dans un pays donné sont effectivement appliquées par « les praticiens et les tribunaux. Tout exposé théorique qui s'écarte « de cette définition est, à mon avis très critiquable : c'est une « œuvre d'imagination, un roman écrit par un Juriste, le pire « dans le genre ennuyeux, d'orgueil et d'inutilité certaine...
« Une œuvre de droit ne doit contenir que l'exposé des règles, « règles que le législateur, l'opinion publique des juristes et en « particulier celle des tribunaux, déclarent à un moment donné « dans un pays donné être justes et utiles. »

Or, un jugement d'appréciation n'est pas autre chose que l'affirmation d'un rapport entre deux notions. Il suppose un objet sur lequel porte le jugement et un « a priori » qui est la mesure du jugement.

Toute œuvre de droit doit donc comporter au moins implicitement une certaine idée du Droit posée a priori.



On ne trouvera point dans ce premier chapitre une théorie approfondie du Droit.

J'ai voulu seulement étudier quelques-unes des idées générales qui le dominent. J'ai essayé de reconnaître par quels liens ces idées se rattachent entre elles et quelle place elles occupent dans l'ensemble pratique des règles qui nous régissent.

Les quelques lignes qui suivent soulèvent donc quelques-uns des aspects du problème du Droit.

Ce problème, comme tous ceux qui de près ou de loin touchent à la philosophie, n'est pas nouveau. Il est de ceux auxquels on pense toujours même sachant qu'on ne peut les résoudre.

Comme le faisait d'ailleurs remarquer Renan : « La dignité de l'homme n'exige pas une réponse arrêtée à certaines questions, seulement qu'on n'y soit pas indifférent (1).

Une théorie générale du Droit n'est vraiment à sa place que comprise dans une philosophie plus vaste qui embrasse l'homme et la société. Nous ne songeons pas à l'examiner (2).

Les quelques réflexions que nous avons notées n'ont donc pas pour but de prêcher ou de suivre un système déter-

(1). Ernest Renan : préface des « Dialogues philosophiques », page 5. 12^e édit.

(2). Le problème du Droit est, d'ailleurs essentiellement philosophique. Autre chose en effet est d'étudier les rapports sociaux, autre chose d'essayer de les donner en fondement. Ce fondement

miné, mais seulement de présenter une série d'idées se développant dans un ordre logique.

*
**

Deux méthodes ou plutôt deux conceptions s'offraient à nous (1).

On peut suivre l'évolution de la notion de Droit, considérer les diverses idées qui concourent à sa formation, leur influence réciproque, montrer ce qu'elles sont devenues avec l'esprit général contemporain. C'est proprement la méthode historique.

On peut s'attacher à une conception différente et déterminer l'idée de Droit a priori en prenant pour point de départ des principes moraux ou métaphysiques. C'est une conception finaliste et philosophique.

reste totalement indépendant du caractère que peut revêtir le droit positif dans une législation donnée.

Il n'est guère de philosophie qui ne l'ait examiné et ne lui ait consacré de nombreuses pages. Les juristes ont été plus circonspects. Les théories les plus diverses et les plus contradictoires ont été soutenues à son sujet. Nous ne saurions même les énumérer.

Notons seulement (ce qui paraîtra peut-être un paradoxe) que c'est chez certains philosophes qu'on trouve affirmée avec le plus de force la totale indépendance du Droit au regard de la Morale.

C'est Kant qui le premier a marqué nettement la différence entre l'ordre proprement juridique et l'ordre moral dans sa célèbre définition du Droit « La possibilité d'une contrainte générale et réciproque s'accordant selon les lois universelles avec la liberté de chacun ». (Doctrines du Droit. Traduction de Barmi p. 46).

De même et plus rigoureusement encore FICHTE s'est efforcé de fonder la théorie du Droit sur la liberté de l'individu d'une manière absolument indépendante de la Morale. Avec des idées opposées, c'est encore la manière d'HEGEL.

Au contraire presque tous les juristes qui ont donné une théorie du Droit ont essayé avec plus ou moins de bonheur de trouver à son fondement une base morale : solidarité, droit naturel, droit divin, sentiment du juste, idée de justice, etc... (Cicéron-Grotius : De jure pacis et belli — Bodin : La République — Duguit : Principes du Droit public — Krabbe : Die Lehre Van der Rechtssouveränität — Le Fur : Essai d'une définition synthétique du Droit — Geny : Science et technique en droit positif privé — etc...).

(1). La remarque est dans Bluntschli : Théorie générale de l'Etat, page 4.

On peut hésiter entre les deux méthodes et nous n'avons pas l'intention de trancher ici entre l'une et l'autre conception.

Pour nous cependant l'hésitation n'était pas possible.

La conception philosophique postule en effet l'existence d'un « Droit » éternel ou immuable, naturel ou social métaphysique ou métapsychique (1), en tout cas posé en soi et indépendant de toute autre entité.

On admet que le droit positif doit tendre à le réaliser ou à le respecter, ce qui est déjà une manière de détermination.

Une pareille conception téléologique du Droit est parfaitement défendable à condition de la placer sur son véritable terrain et d'y voir l'expression d'un subjectivisme philosophique, politique ou religieux.

On ne saurait s'y référer dans une étude de droit positif.

La première méthode était donc la seule possible pour nous. Encore convient-il de préciser dans quel esprit nous avons cru devoir l'appliquer.



C'est une vérité banale de reconnaître que le mot Droit peut être entendu en deux sens très différents.

On peut entendre ce mot dans un sens subjectif que Leibnitz (2) définissait parfaitement en disant qu'il était un pouvoir moral.

On peut l'entendre aussi dans un sens objectif comme l'ensemble des règles pratiques qui régissent les hommes dans une société.

Ces deux sens du mot correspondent à deux notions très différentes qui sont comprises dans l'idée du droit : la

(1). Selon la très ingénieuse remarque de M. Etienne Fournol dans la préface de son intéressant ouvrage : « Bodin prédécesseur de Montesquieu ».

(2). Leibnitz « De cosibus perplexis in jure », chapitre 1.

notion de but poursuivi (que nous appellerons son contenu) et la notion de moyen employé (que nous appellerons la technique).

Il ne faut pas confondre la notion de but poursuivi avec la notion téléologique à laquelle nous faisons allusion tout à l'heure. Cette dernière est une notion finaliste qui s'applique à l'ensemble du droit, alors que l'idée de but poursuivi est une idée toute psychologique qui vise l'intérêt pratique recherché dans chaque cas par les individus.

Cette idée de but poursuivi n'en demeure pas moins secondaire, croyons-nous, au regard du positivisme juridique.

Pour le positiviste, le domaine propre au droit est celui de la technique, c'est-à-dire des moyens employés.

Pour le juriste « avoir un droit » ce n'est point proclamer l'existence d'un « pouvoir moral » à raison du but poursuivi, c'est reconnaître l'existence d'un « moyen technique » pour aboutir à un résultat.

Si le moyen existe, il y a droit. Si le moyen n'existe pas, il n'y a pas droit.

Il ne faut pas, d'ailleurs, en conclure que les « buts poursuivis » soient négligeables (1).

Outre qu'ils ne le sont pas en eux-mêmes, il faut reconnaître que la pratique est obligée jusqu'à un certain point d'en tenir compte.

Rappelons par exemple la notion de service public, à laquelle le Conseil d'Etat fait maintenant couramment appel, ainsi que sa jurisprudence en matière d'excès et de détournement de pouvoirs.

Rappelons aussi que la presque totalité des crimes et délits du droit pénal ne sont punissables qu'à raison de l'intention qui anime l'auteur de l'infraction.

Mais il n'en reste pas moins que la règle de droit vaut et existe indépendamment des fins auxquelles elle peut servir.

(1). Voir à ce sujet la préface de la II^e édition du « Traité de Droit administratif » de Maurice Hauriou.

*
**

Il ne faut pas se dissimuler que la notion de droit ainsi entendue est une notion très étroite (1) et qui n'a pas en soi une grande valeur.

C'est pourtant, pensons-nous, la seule qui soit compatible avec la matière d'une thèse de droit qui doit s'en tenir le plus possible au positivisme juridique le plus étroit de peur de devenir trop facilement une thèse de philosophie ou de science politique.

Nous négligerons donc tout ce qui peut se rapporter au contenu de la règle de droit et à l'esprit qui s'en dégage.

Nous n'en tiendrons compte que dans la mesure où cela est nécessaire pour en étudier la technique.

Ces explications données, nous devons essayer de dégager les caractères propres à la règle de droit ainsi entendue.

II.

Les rapports humains se divisent en deux grandes catégories : les rapports de fait et les rapports de droit.

Tout acte de l'homme appartient nécessairement à l'une ou à l'autre de ces catégories.

Si on analyse avec tant soit peu d'attention la nature de ces rapports, on s'aperçoit qu'ils sont facilement discernables entre eux.

Le rapport de fait est un rapport tel que, les termes de ce rapport étant posés, on ne peut a priori en prévoir les conséquences.

(1). Voir l'intéressant « Essai d'une définition synthétique du Droit » de M. Le Fur et le second livre de M. Gény « Science et technique en droit privé positif », qui montrent parfaitement tous deux qu'on ne peut en rester à une notion du droit aussi étroitement entendue.

Au contraire, le rapport de droit est un rapport tel que les termes de ce rapport étant définis, ses conséquences peuvent en être très exactement déduites et forment par là même le droit du rapport.

Le droit peut donc tout d'abord se définir une règle d'organisation des rapports sociaux.



A ce premier criterium s'en ajoute immédiatement un autre.

Le rapport de droit se présente protégé par une certaine contrainte sous la forme d'une force (le plus généralement sociale) mise à sa disposition.

Le droit suppose, en principe, une sanction. Ce second caractère est-il essentiel ?

Beaucoup d'auteurs professent volontiers le contraire et proclament l'existence du Droit en dehors de toute sanction positive (1).

La question a surtout été discutée en Droit international public qui pendant longtemps n'a pas connu de sanction et pour lequel aujourd'hui encore on a rarement recours à l'action en justice, type de la sanction juridique.

M. LE FUR (*Précis de Droit international public*, page 8)

(1). Telle est notamment la position des tenants du Droit objectif. — Dans ses études du « Droit public », tome I, L'Etat — Le Droit objectif — La loi positive, M. Duguit a tenté de soumettre radicalement l'organisation politique au Droit en niant la personnalité morale de l'Etat et en exaltant la règle de Droit, laquelle est présentée comme découlant du phénomène de la solidarité sociale considéré comme antérieur et supérieur au phénomène de l'organisation politique. La règle de Droit, selon M. Duguit, existe en dehors de toute sanction positive.

C'est aussi la pensée de M. Kelsen, qui distingue entre la valeur des règles de Droit et leur efficacité.

Pour M. Le Fur (Essai d'une définition synthétique du Droit) le Droit comporte en principe une sanction. Mais cette sanction est de la nature du droit, non de son essence. La règle du Droit peut exister en dehors de toute sanction positive mais dans ce cas elle est une « *lex imperfecta* » vouée à l'échec. ;

fait remarquer qu'il y a surtout en cette matière une question de terminologie.

Il est évident qu'une règle d'organisation légalement prévue est obligatoire même si en fait elle n'est pas appliquée. D'autre part une règle de droit, pour laquelle des sanctions sont prévues, peut fort bien à la suite de circonstances diverses ne pas être appliquée.

Dès lors, en logique, toute la question revient à savoir si l'on donnera le nom de « Droit » à toute règle d'organisation légitime des rapports sociaux ou si au contraire on la réservera aux seules règles qui comportent des sanctions.

On conviendra que la différence n'est pas mince et qu'elle vaut d'être marquée.

Si comme nous l'avons montré tout d'abord, la première des rapports sociaux, c'est en tenant compte de cette idée qu'il faut réserver le terme de « droit » aux seules règles qui supposent en même temps des sanctions.

Une règle d'organisation qui comporte des sanctions est en effet une règle mieux organisée qu'une règle qui n'en comporte pas.

Elle est d'un stade supérieur à cette dernière et le criterium de la distinction entre les deux stades est assez important pour qu'il se marque dans la terminologie.

L'existence des premières postule en même temps leur efficacité alors que pour les secondes cette efficacité dépend d'éléments extérieurs.

C'est pour cette raison qu'il convient à notre avis de réserver le terme « règle de droit » aux seules règles qui comportent des sanctions (1).

(1). C'est ainsi qu'à notre avis le Droit international public n'est devenu vraiment droit positif que depuis que le Pacte de la Société des Nations a prévu des sanctions encore que ces dernières soient bien légères. Auparavant il comptait parmi les disciplines auxquelles on doit réserver un autre nom que le terme de droit positif (morale obligatoire, droit objectif, simple morale, etc...). Cela ne veut pas dire d'ailleurs qu'avant le Pacte de la S. D. N. il ne fût pas obligatoire. Il l'était au même titre qu'aujourd'hui.

Seulement, comme il ne comportait aucune sanction, lorsque

C'est en se plaçant à ce point de vue positif que nous disons que le droit suppose deux conditions nécessaires et suffisantes : 1° une règle — ce qui suppose par voie de conséquence une volonté pour organiser les règles — 2° une force pour les faire appliquer.

III

Le premier caractère du Droit est d'être une règle d'organisation.

Le problème que pose cette constatation est de savoir quel est le fondement de cette règle ou, ce qui revient au même, de savoir comment elle prend naissance.

À cet égard, trois théories peuvent être soutenues.

On peut dire d'abord que le Droit existe d'une façon éternelle et immuable, antérieurement même à toute organisation de la société.

La société trouverait les conditions mêmes de son existence dans les règles du Droit et si ces règles n'étaient pas observées la société ne pourrait exister.

Cette théorie qui revient à faire du Droit une sorte de loi de la nature, correspond à une certaine conception du Droit naturel, immuable d'origine divine ou rationnelle.

C'est la théorie des Scholastiques et de tous ceux que nous appellerons les platoniciens du Droit.

Cette conception est par excellence la conception philosophique.

Par là elle n'est pas négligeable, mais si elle paraît résoudre le problème, en définitive du point de vue juridique, elle ne fait que le déplacer.

dans les rapports interétatiques, un Etat s'écarterait des conséquences prévues et fixées par le Droit international, il n'existerait aucun moyen de rétablir le rapport de droit dans son intégrité. Le fait triomphait. Il n'y avait pas organisation positive.

Dire que le Droit existe en soi et indépendamment de la société ou antérieurement à elle, ne donne aucune indication quant aux règles qu'on doit suivre en pratique.

Le problème de la création du Droit se trouve donc remplacé par celui de sa connaissance au regard de l'individu.

Est-ce dans sa propre conscience que chaque homme trouvera l'essence de ce droit éternel ? Si cela est on conçoit les dangers pratiques de cette conception. Est-ce dans une conscience plus élevée ou dans une volonté plus forte ? Mais alors laquelle ?

*
**

On peut soutenir une autre thèse et dire que la règle du Droit découle spontanément du phénomène de l'organisation sociale.

Elle précède en quelque sorte l'organisation politique, elle est un lien entre les deux organisations, mais elle reste essentiellement un phénomène sociologique (1).

Sans vouloir entrer ici dans des discussions compliquées, qui cadreraient mal avec le but de notre thèse, nous pensons qu'il convient de rejeter cette théorie pour des raisons assez simples.

Le Droit, avons-nous dit, est une règle d'organisation. Or, si l'on admet que cette règle découle spontanément de

(1). C'est la théorie trop célèbre de M. Léon Duguit qu'il a développée dans ses « Etudes du Droit public », tome I ; — L'Etat — Le Droit objectif — La loi positive. — Tome II : L'Etat — Les Gouvernements — Les Agents — et dans son « Traité de Droit constitutionnel ».

Cette théorie semble puiser sa source dans la philosophie de M. Durkheim ; qui avait été professeur à Bordeaux en même temps que l'illustre publiciste.

Nous ne saurions nous hasarder ici à une critique détaillée des idées de M. Duguit. Cette critique a été faite depuis longtemps par des auteurs considérables. Nous nous contenterons de signaler les plus importants de ces critiques :

Maurice Hauriou : Les idées de M. Léon Duguit (Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, année 1911). — *Le Fur* : Le Fon-

la société, on en fait en réalité le produit de réactions spontanées, c'est-à-dire beaucoup plus le résultat d'une attitude habituelle et inconsciente que celui d'une logique rationnelle.

Il y a là une sorte d'antinomie entre le fait que le Droit est considéré à la fois comme une règle (c'est-à-dire comme un phénomène logique et rationnel) et ce fait qu'il est considéré en même temps comme le produit de réactions spontanées (c'est-à-dire comme un phénomène inconscient).

A cette première critique, nous ajouterons celle que nous avons déjà formulée précédemment. La théorie ne résoud rien, du point de vue positif tout au moins.

Dans la pire des tyrannies on peut toujours soutenir que l'on se conforme au Droit objectif.

Si le problème de la création du Droit peut sembler résolu, il est remplacé par celui, tout aussi important en pratique, de sa connaissance ; ce dernier lui n'est pas résolu.

Aucune des deux théories exposées ci-dessus n'est donc satisfaisante. Elles le sont déjà bien peu si on ne considère dans la règle du Droit que son caractère d'organisation. Mais elles le deviennent encore moins si, comme nous le pensons, on ne doit accorder le nom de Droit qu'aux règles qui comportent une sanction, c'est-à-dire une force mise à leur disposition.

Aucune des deux théories n'explique ni ne justifie l'accord du Droit et de la force pourtant indispensable à toute législation positive.

Elles doivent donc être abandonnées au regard du positivisme juridique.

dement du Droit dans la théorie de Léon Duguit (Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique). — *Réglade* : Théorie générale du Droit dans l'œuvre de Duguit (Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique, année 1932). -- *Bonnard* : La doctrine de Duguit sur le Droit et l'Etat (Revue internationale de la théorie du Droit, année 1926-1927).



Une organisation qui ne serait que le résultat de spontanéités inconscientes ne serait pas à proprement parler une organisation, mais une série de faits sans lien logique, reliés entre eux par le seul hasard.

Il ne viendra jamais à l'idée de personne d'admettre qu'une série obtenue à la roulette puisse être considérée comme une organisation.

Il n'y a organisation normative que lorsqu'il existe une pensée logique conditionnant cette organisation et par suite la créant.

Mais, d'autre part, il ne faut pas oublier que le Droit est un phénomène social en ce sens qu'il n'a d'utilité qu'à l'intérieur de la société.

Un homme seul, à supposer qu'il pût vivre dans la solitude, ne connaîtrait pas de Droit.

Loin des autres hommes, il ne connaîtrait que des forces naturelles, physiques ou animales qui s'enchaîneraient, s'opposeraient ou se contrarieraient.

Il n'est donc pas possible de poser le Droit en dehors de la société parce que, justement alors, on lui retire tout intérêt pratique.

Il faut donc considérer le Droit comme le produit d'une volonté logique et humaine.

IV

Nous ne pensons pas d'ailleurs qu'il s'agisse en l'espèce d'une affirmation gratuite ou hypothétique.

Si l'on veut examiner, même brièvement, le Droit positif, on y trouvera rapidement la confirmation de ce que nous venons d'avancer.

Examinons succinctement les principaux types de règles du Droit : les règles du type contrat ou pacte, les règles du type lois ou décrets, les règles du type coutume.



En ce qui concerne les règles du type contrat, il paraît difficile de ne pas reconnoître qu'elles trouvent leur fondement dans l'affirmation de la volonté subjective des individus.

Cela est une tradition des plus anciennes dans le Droit. Toutes les sociétés primitives ont consacré le principe de justice privée et d'autonomie de la volonté.

Le Droit romain qui par ailleurs a fondé d'une façon définitive et pour ainsi dire irrésistible la toute puissance de l'Etat, le reconnaissait lui-même (1).

L'article 1134 de notre Code civil proclame expressément ce principe : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Il est vrai que les tenants du Droit objectif font observer qu'il faut que les conventions soient légalement formées et par conséquent que les volontés subjectives n'ont de pouvoir juridique que par leur conformité à la loi.

On pourrait leur faire remarquer qu'ils sont ainsi les premiers à transgresser leur propre théorie, car à proprement interpréter cette dernière, il faudrait dire que les volontés subjectives n'ont de pouvoir juridique qu'en conformité avec le Droit objectif (2). Or, le Droit objectif et

(1). *Jhering* : « L'Esprit du Droit Romain » — Tome I, § 10-15 : « L'Ancien droit se basait sur le principe de volonté subjective. » D'après ce principe, l'individu est lui-même le fondement et la source de son droit. Les actes de disposition ont, dans la sphère de son pouvoir, le même caractère que ceux du peuple dans la sienne. De part et d'autre ce sont des *leges* ; là des *leges privatae*, ici des *leges publicae* ; mais il y a identité complète sous le rapport du fondement juridique. »

(2). Duguit : *Traité de Droit constitutionnel*, Tome I, page 499 et suivantes.

la loi positive ne sont pas, d'après cette même théorie, forcément la même chose.

Mais, en outre, l'interprétation qu'ils donnent ainsi paraît une véritable erreur, il faut interpréter cette condition dans le sens que les volontés subjectives ont un pouvoir juridique propre en tout ce que la loi ne défend pas (1).

Il est un domaine d'ailleurs où apparaît mieux encore qu'en Droit civil le fondement subjectif des règles du type pacte ou contrat.

C'est le Droit international public.

Lorsqu'il s'agit de conventions passées entre nations, il paraît difficile de trouver un autre fondement juridique à ces pactes que la volonté des Etats contractants (2).

C'est là le principe de la règle « *pacta sunt servenda* » qui reste, au moins à l'heure actuelle, le fondement du Droit international public.

On ne saurait dire que la volonté des Etats n'a de valeur qu'en conformité avec la légalité puisque la légalité internationale n'existe pas.

On ne saurait dire, non plus, qu'elle n'a de valeur qu'en conformité avec la coutume internationale. Cela serait proprement empêcher le développement du Droit international puisque jamais deux Etats ne pourraient valable-

(1). Cf. Hauriou. Traité de Droit constitutionnel p. 17 et suivantes.

(2). Cf. *Fauchille* : Droit international public, Tome I, p. 6 et 10. *Verdross* : Die Vergassung des Völkersechtsgemeinschaft (1926), p. 32.

Voir aussi les tenants de la théorie de la *Vereinbarung* : Anzilotti : « Traité de Droit international public », tome I. — Trippel, etc...

La *Vereinbarung* (union compatible ou sympathique) est une entente où tous les adhérents versent une volonté identique à la différence d'un contrat où l'on échange des volontés différentes. De cette entente résulte la règle qui lie les volontés. Une *Vereinbarung* ne peut être détruite que par une *Vereinbarung* contraire.

Cette théorie est née du désir de concilier la souveraineté de l'Etat avec l'existence d'un Droit international.

ment innover dans une convention, ce qui serait manifestement absurde.

**

Lorsqu'il s'agit de règles juridiques du type loi, le fondement subjectif apparaît, s'il est possible, d'une manière encore plus évidente.

Une loi est en effet une manifestation de volonté unilatérale de l'Etat, qui règle, par le moyen d'un organe compétent, un rapport de Droit.

Les tenants du Droit objectif soutiennent que cette manifestation de volonté de l'Etat n'a de valeur qu'en conformité avec le Droit objectif (1).

Même en admettant ce point de vue, il faut reconnaître que si la loi positive est contraire au Droit objectif (à supposer celui-ci connu) l'Etat pourra cependant la faire appliquer. Il lui suffira d'être décidé à la sanctionner.

Dès lors, c'est reconnaître que le fondement de l'efficacité de la loi, à défaut de sa valeur, est bien dans la volonté de l'Etat.

Mais d'autre part, si la loi est appliquée contrairement au Droit objectif, que vaut une théorie qui peut proclamer inexistante au regard du Droit un ordre juridique positif ?

(1). Duguit : « Traité de Droit constitutionnel », tome I, pages 429 et suivantes. Pour M. Duguit, il n'y a que des gouvernants qui commandent et des gouvernés qui obéissent. Les gouvernants sont les plus forts et la force est suivant les temps et les pays la force physique, la force intellectuelle, la force économique.

La force appartient à un seul, à une minorité ou à une majorité. C'est un simple fait. Les gouvernants ne sont ni légitimes ni illégitimes, car la force qui les crée ne se discute pas. Elle se constate.

Mais la volonté des gouvernants n'a de valeur que si elle est conforme au droit objectif, règle supérieure qui découle de la solidarité sociale, et que si elle respecte les situations juridiques subjectives.

Le gouverné placé sur la même ligne que le gouvernant a la faculté de résister dès que la règle du droit est méconnue.

Il faut donc admettre que le fondement positif de la loi est dans la volonté de l'Etat qui la proclame (1).

Le seul moyen possible d'ailleurs d'obtenir l'abrogation d'une loi est une pétition à l'organe législatif qui, par une manifestation de volonté contraire, abroge ou transforme la loi (2).

Quant au décret, c'est encore une manifestation de volonté unilatérale d'un organe du pouvoir qui règle, à l'intérieur d'une compétence déterminée par la loi, un rapport du Droit.

*
**

La question est plus délicate lorsqu'il s'agit de règles de Droit du type de la coutume.

Il peut apparaître en effet de prime abord que le fondement de ces règles se trouve dans un « usus communis » dans lequel la volonté n'a aucune part et qui n'est pas autre chose qu'une première attitude spontanément suivie.

M. HAURIU (*Traité de Droit constitutionnel*, pages 253 et suivantes) a fait du fondement juridique de la coutume

(1). Pour M. Hauriou, la loi n'est pas constitutive de droit, mais déclarative. C'est la volonté subjective du pouvoir qui crée le Droit sous forme de règles d'action.

Lorsque celles-ci intéressent toute la nation, cette dernière se les approprie au moyen de la loi.

C'est là qu'il faut rechercher, selon M. Hauriou, la différence qui sépare la loi du règlement. Tous deux sont également des règles générales en ce sens qu'ils s'appliquent à tous, mais la nation s'approprie les règles de la loi qui deviennent ainsi du droit national, tandis qu'elle ne s'approprie pas les règles du règlement qui reste du droit gouvernemental (*Traité de Droit constitutionnel*, pages 237 et suivantes).

Il n'en reste pas moins que pour l'illustre savant la loi a bien sa source dans un pouvoir subjectif, c'est-à-dire dans une déclaration de volonté.

(2). Sauf ce qui peut être fait en ce qui concerne l'inconstitutionnalité des lois. Encore est-ce un organe d'Etat qui reste juge de l'inconstitutionnalité !

une analyse trop pénétrante pour que nous n'y souscrivions pas entièrement (1).

Il a parfaitement montré qu'il y a dans la création des coutumes une action du pouvoir minoritaire qui pose par une déclaration unilatérale de volonté les règles suivies par la collectivité soit par acceptation, soit par soumission (2).

Il a noté aussi l'influence qu'a pu avoir dans les Droits primitifs l'élite minoritaire sur l'évolution des coutumes.

Cette influence se marque plus particulièrement de nos jours en jurisprudence, seule coutume ayant encore pratiquement force de loi.

Dans une étude très documentée (*Fonction du Droit civil composé*, pages 108 et suivantes) M. LAMBERT a montré, en prenant exemple de la célèbre affaire Madison c/ Manbury, à propos de laquelle le juge Marshall a posé la première fois aux Etats-Unis le principe de l'inconstitutionnalité des lois, que la règle du Droit est formellement posée dans le premier précédent judiciaire, qu'elle ne se dégage pas du tout de la répétition des arrêts et que par conséquent elle est l'œuvre du pouvoir subjectif du juge dans la mesure bien entendu où le juge jouit de l'autonomie juridique.

(1). Op. cit. Hauriou : « A diverses reprises nous avons affirmé « que les règles du droit positif n'émanent pas du milieu social, « mais qu'elles sont une création du pouvoir... Toute règle de droit « est le résultat d'une opération de fondement qui se décompose « en deux moments : premier moment, un pouvoir doué d'autonomie fonde la règle de droit ou l'institution, c'est-à-dire qu'il formule la règle comme une déclaration de volonté ou qu'il déclare « l'institution créée ; deuxième moment, le milieu social, au sein « duquel cette déclaration de volonté a été faite, s'y soumet ou ne « s'y soumet pas. Si le milieu social ne se soumet pas à la décision « du pouvoir, la règle de droit ne s'établit pas définitivement... « Si, au contraire, le milieu social finit par se soumettre à la « décision du pouvoir, alors l'opération de fondation est complète « et la règle de droit s'établit définitivement. » (Droit constitutionnel, page 253).

(2). On en trouverait un exemple topique dans certaines règles coutumières du Droit International Public, comme la doctrine de Munrö et celle de Drago.

V

Le caractère volontaire du fondement des règles de Droit ne saurait donc faire de doute. Il existe nécessairement dans toute organisation rationnelle une volonté pour poser les principes de l'organisation.

Peu importe que par la suite l'origine de la règle ait été en quelque sorte effacée par un « *usus communis* ». Son fondement n'en reste pas moins une manifestation de volonté. Il n'est que cela et ne pouvait être que cela.

Il faut donc partir de ce principe que toute règle de Droit est une création d'origine subjective. Mais il faut reconnaître par réciprocité que toute volonté est en soi créatrice de Droit (au moins en puissance) puisqu'elle peut poser des principes d'organisation auxquels elle entend dorénavant conformer ses actes.

Il nous paraît qu'il n'y a pas ici à faire de distinction entre les volontés (1). Une distinction quelconque paraît sans fondement, car il n'y a pas de raison valable pour qu'une volonté en soi soit considérée comme supérieure à une autre volonté.

Il y a une sorte d'égalité philosophique ou mieux encore

(1). Tel n'est pourtant pas l'avis de certains auteurs qui ont professé pourtant des théories subjectives du Droit.

Pour Jellinck, par exemple (*l'Etat moderne et son Droit*, tome I, page 357), l'Etat est la seule puissance créatrice de Droit proprement dite ; le problème dépendant du Droit ne fait qu'un avec le problème du fondement de l'Etat.

Telle paraît être aussi l'opinion de M. Carré de Malberg, qui s'exprime ainsi dans sa remarquable « Contribution à la théorie générale de l'Etat », tome II, page 490 : « Le Droit, au sens propre du mot, n'est pas autre chose que l'ensemble des règles imposées aux hommes sur un territoire déterminé, par une autorité supérieure, capable de commander avec une puissance effective de domination et de contrainte irrésistible. Or, précisé-

métaphysique, entre toutes les volontés.

M. DUGUIT (*Traité de Droit constitutionnel*, tome I, page 499) a donc raison de dire que la volonté des gouvernants n'a pas une valeur plus grande que la volonté des gouvernés.

Mais le point de vue de la valeur est précisément philosophique et le point de vue du positivisme juridique est tout différent.

Si toutes les volontés avaient juridiquement le même pouvoir subjectif, il n'existerait en cas de contrariété aucun moyen de les concilier.

Ce serait véritablement l'anarchie (1), c'est-à-dire le contraire même du Droit dont le premier caractère est d'être une règle d'organisation.

S'il n'existe donc pas une hiérarchie des volontés, il y a pourtant, au point de vue juridique, nécessité d'une concordance des volontés. Cette harmonie s'établit par la notion de compétence.

**

3. Chaque volonté doit être considérée comme autonome à l'intérieur d'une compétence qui lui est propre et dans laquelle elle reste seule libre et maîtresse de créer le Droit.

Par définition même, les compétences ne peuvent empiéter les unes sur les autres et toute règle de Droit qui fait

« ment, cette autorité dominatrice (qui n'est autre que la volonté
« de l'Etat personne morale, cf. la note 5 de la page 56, tome I)
« n'existe que dans l'Etat. Dès lors, il apparaît que le Droit pro-
« prement dit ne peut se concevoir que dans l'Etat une fois formé. »
Pour Jellinck comme pour M. Carré de Malberg, seule la volonté
de l'Etat peut être créatrice du Droit.

(1). Le reproche d'anarchie a été fait à la doctrine de M. Duguit pour la première fois par M. Hauriou (*Les idées de M. Duguit*. — Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse, année 1911).

A proprement parler, la doctrine de M. Duguit n'est pas au point de vue philosophique une doctrine anarchiste. Elle ne le devient dans ses conséquences juridiques pratiques que par l'impossibilité de connaître la teneur exacte du Droit objectif.

partie du domaine de l'une ne peut appartenir en même temps à l'autre.

Cette concordance entre les volontés n'est pas une série d'improvisations dues au hasard.

Il n'y aurait plus alors en Droit moyen de déterminer à l'avance la valeur respective des volontés et la matière de leur compétence. Elles dépendraient à chaque instant des inconstances particulières ou d'événements imprévus.

Elle ne peut donc être que l'effet d'une règle supérieure, règle de Droit elle-même, fixant le domaine respectif où chaque volonté garde une compétence propre.

Cette règle supérieure est la matière essentielle du Droit public qui a pour but d'assurer l'exercice des droits de l'homme, c'est-à-dire de fixer à chaque volonté la limite de son autonomie.

Cette règle n'est pas comme dans le système du Professeur Kelsen une règle fondamentale ou première qui assure l'unité du système juridique dans son mouvement de création, une sorte de « constitution hypothétique » (1). Elle est une simple règle de Droit au même titre que les autres. Elle découle donc d'une volonté.

Tout le problème revient donc à savoir quelle volonté peut, sans avoir en soi une valeur supérieure aux autres, leur imposer pourtant une règle qui limite leur autonomie.

Pour résoudre la question, il faut faire appel au second caractère que nous avons cru devoir dégager dans l'analyse de la notion du Droit, à savoir : l'idée de sanction.

VI

Nous avons vu plus haut que la notion de Droit comportait également l'idée de sanction.

(1). Cf. J. Maury : Observations sur les idées du Professeur Kelsen (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929).

Il ne suffit pas qu'une règle d'organisation existe à l'état de puissance, il faut encore qu'elle soit réalisée dans l'ordre positif, c'est-à-dire d'une manière effective.

Si elle ne se réalise pas ainsi, elle reste à l'état de simple règle morale et n'atteint pas le stade du positivisme juridique.

Il ne lui suffit d'ailleurs pas d'être réalisée dans les faits. Encore faut-il que lorsque l'ordre qu'elle a organisé a été troublé, elle ait la possibilité de le faire rétablir.

Cette possibilité ne se trouve que dans la supériorité que peut avoir la volonté créatrice à l'encontre du fait perturbateur.

Cette supériorité se résoud finalement en une possibilité de contrainte à l'égard des éléments contraires à l'ordre positif réalisé.

Cette contrainte suppose un complexe de forces matérielles et morales, effectives et psychologiques, religieuses et même métaphysiques qui forme une puissance de domination.

Les volontés créatrices de Droit se divisent donc spontanément en deux catégories : celles qui possèdent une puissance de domination et celles qui n'en ont pas.

Cette puissance de domination n'a pas pour effet de changer la nature et encore moins l'essence des volontés créatrices. Elle est pourtant plus qu'un simple fait.

Elle est une qualité particulière à certaines volontés qualité qui tient à des éléments divers, et dont la conséquence est une supériorité de fait grâce à laquelle la volonté qui en est investie peut assurer, au moins en une certaine mesure, la sanction du Droit qu'elle crée.

*
**

Le Droit créé par une volonté qui est en même temps une puissance de domination n'a pas en soi une valeur supérieure à celui créé par une autre volonté.

Mais il est juridiquement mieux organisé puisque, pour tout ce qui concerne la sanction, il dépend seulement de la volonté organisatrice. Au contraire, les volontés qui ne possèdent point cette puissance de domination se trouvent obligées de l'emprunter à celles qui l'ont pour sanctionner les règles d'organisation qu'elles créent et les maintenir dans l'ordre positif.

Les volontés qui assument la charge d'assurer l'exécution des règles posées par d'autres exercent légitimement un droit de regard sur ces règles.

Elles établissent ainsi spontanément les conditions auxquelles elles entendent subordonner l'intervention de leur puissance.

Elles déterminent par là la limite des compétences à l'intérieur desquelles ces volontés de subordination resteront libres, limites dans lesquelles les règles de Droit posées par ces dernières seront automatiquement sanctionnées, et la limite des compétences à l'intérieur desquelles les volontés de subordination ne seront plus libres et devront se plier aux conditions qu'elles croient devoir leur imposer.



Il peut exister dans une société plusieurs volontés ayant une puissance de domination. C'est une question de pur fait.

Si toutes ces volontés ont une puissance identique, la société n'est pas organisée juridiquement. Il n'existe pas, en effet, un cas de contrariété de règle pour les départager.

Tel est le cas à l'heure actuelle de l'Europe (1) par exemple qui n'est pas juridiquement organisée puisqu'elle est divisée en un certain nombre d'Etats ayant tous les mêmes droits et les mêmes pouvoirs.

(1). Réserve faite cependant du commencement d'organisation juridique instituée par la Société des Nations.

Lorsqu'une société est organisée juridiquement, c'est qu'il existe une règle de Droit fixant la compétence propre à chaque volonté, et par conséquent qu'une volonté s'est subordonnée toutes les autres et est devenue souveraine.

Il peut donc exister dans une société une hiérarchie de pouvoirs (Etats protecteurs, Etats protégés, communes et départements d'une part, Etat d'autre part, etc...), mais non une dualité de pouvoirs autonomes.

Le pouvoir, en effet, suppose toujours l'unité. L'unité sans pouvoir se désagrège. Le pouvoir sans unité ne s'exerce pas.

L'organisation d'une société postule donc l'existence d'un « pouvoir souverain », c'est-à-dire d'une volonté possédant une puissance de domination supérieure à toutes les autres et ayant acquis juridiquement le droit de fonder la règle supérieure qui fixera la limite d'autonomie de chacune des autres volontés par cela seul qu'en définitive ces autres volontés sont obligées de lui emprunter sa puissance pour sanctionner leurs propres règles de Droit (1).

(1). Nous désirerions montrer très rapidement par quelques exemples que la supériorité juridique d'un pouvoir (souverain ou non) est la contre-partie des charges qu'il assume.

1. 1° Toutes les sociétés primitives ont connu le principe de la guerre privée (cf. Giffard et Collinet : *Droit Romain*, page 37). D'abord, chaque particulier se fait justice, c'est-à-dire sanctionne son droit les armes à la main.

Puis, c'est le stade de l'arbitrage facultatif où les groupes en conflit conviennent de soumettre le différend au jugement d'autrui.

Puis, c'est le stade de l'arbitrage obligatoire avec en contre-partie la sanction énoncée par l'Etat.

Le pouvoir de l'Etat commence donc par des attributions judiciaires. Mais il fut rapidement suivi par des attributions législatives. Dès que l'Etat ou le souverain de la Cité fut capable d'assurer l'exécution de sanctions arbitraires, il préféra fixer à l'avance les conditions de son intervention.

Le pouvoir législatif, qui est le premier et le plus important des pouvoirs de l'Etat, tire donc son origine de la supériorité de l'Etat en ce qui concerne les sanctions judiciaires.

2. La constitution de la féodalité témoigne d'un phénomène analogue (cf. Seignobos : *La Féodalité en Bourgogne*, thèse). La grande insécurité qui régnait alors, conséquence de la chute de l'Empire et des invasions barbares, forma autour des comtes ou des marquis

VII

La conclusion qui s'impose paraît donc claire. Toute l'organisation juridique repose en définitive sur la volonté du pouvoir le plus fort.

Il ne s'agit point de s'en indigner, mais d'en saisir au

(chefs militaires chargés de gouverner le pays ou de défendre les frontières) devenus indépendants de nombreuses petites collectivités.

Dans ces collectivités des liens étroits de nature économique, politique et sociale unissaient le seigneur aux habitants.

Ceux-ci venaient se placer sous sa tutelle et, en conséquence de la protection ainsi accordée, les habitants reconnaissaient la primauté du seigneur, son autorité et participaient à ses dépenses.

Le seigneur à son tour pouvait se placer sous la protection d'un suzerain, plus puissant, à qui il reconnaissait la suprématie et qu'il s'engageait à aider financièrement (aide aux quatre cas) et militairement.

La contre-partie de cet état et de la supériorité que les seigneurs et suzerains acquéraient à l'encontre des vassaux et des sujets était le droit de justice, c'est-à-dire en fait le moyen pratique de créer le Droit, complété même dans certains cas par une sorte de pouvoir réglementaire et législatif (édit, chartre, etc...).

3. On trouverait des exemples du mécanisme que nous avons exposé à chaque instant dans l'Histoire. Nous en prendrons deux au hasard dans le Droit moderne.

La procédure d'exéquatour participe du même principe. Il s'agit dans cette procédure d'obtenir l'exécution d'un jugement rendu à l'étranger par un Etat supposé d'ailleurs compétent.

La volonté des Etats étant en principe égale, il n'existe pas de raison en soi pour qu'un Etat se fasse juge de la volonté exprimée par un autre Etat.

Mais la question se pose de la manière suivante : L'étranger ou celui qui poursuit l'exécution du jugement étranger, en fait, ne fait que réclamer la protection de l'Etat et l'aide de sa force armée sur son propre territoire. Dès lors, en contre-partie du secours que lui prête l'Etat, celui-ci s'arroge le droit de regard sur le jugement afin de vérifier qu'il n'accorde point aide et protection à des principes que par ailleurs il se refuse à consacrer.

Tel est aussi le fondement de la théorie de l'ordre public international.

4. Enfin, c'est le même mécanisme qui joue à l'heure actuelle au sein de la Société des Nations. Au sein de cette dernière il existe, en effet, des Etats dits de grandes puissances et des Etats dits à intérêts limités.

contraire le sens profond et de préciser la portée de cette observation (1).

Dire que la volonté du plus fort domine toute l'organisation juridique n'est point entendre qu'elle est seule créatrice du Droit.

Nous avons au contraire insisté sur ce fait qu'il est de la nature essentielle de chaque volonté d'être créatrice de Droit et que du point de vue de la valeur il n'y a pas à distinguer entre elles.

Toute règle d'action posée par une volonté quelconque est valable en soi, mais elle n'atteint le stade positif que si elle est réalisée effectivement et possède le moyen de s'y maintenir.

Le Droit, en effet, ne règne pas à l'état de simple idée. Il ne vaut que d'une façon positive.

Il faut donc que la volonté qui crée la règle du Droit ait aussi les moyens de la faire appliquer.

Si elle ne les possède pas, elle doit les demander à une autre volonté qui peut exiger en contre-partie certain pouvoir de contrôle sur ces mêmes règles.

C'est dans cette mesure que la force intervient dans le Droit.

Il ne faut pas dire que la force crée le Droit. Elle ne le prime même pas. Elle le protège. Mais il ne faut pas per-

Les premiers ont un siège permanent au Conseil de la Société des Nations ; les autres ont un siège non permanent. Il existe même des sièges semi-permanents (Pologne et Espagne).

Par le jeu des institutions de la Société, la volonté des premiers a une valeur juridique supérieure à celle des autres.

La différence s'explique non seulement par la différence des intérêts en jeu, mais surtout par la raison que, si à la suite d'un vote unanime du Conseil il y a lieu à sanctions, ces sanctions seront en pratique presque uniquement le fait des grandes puissances. On n'a pas voulu que les grands Etats puissent être engagés dans des représailles et des sanctions par la volonté d'Etats secondaires.

(Cf. Le Fur : *Cours de Droit international public*, 1929).

(1). C'est le cas de rappeler la belle phrase de Renan dans le « Prête de Nemi » (acte I, scène I) : « Ceux qui défendent et qui « gardent une société ont droit à un privilège, car rien n'existe « rait sans eux. »

dre de vue non plus que la force est un moyen dont peut disposer une volonté.

La force est une qualité particulière à une volonté. Celle-ci ne mettra les moyens dont elle dispose au service d'une autre volonté que par un acte volontaire et unilatéral.

Cet acte volontaire devient un acte de Droit lorsqu'à l'avance la volonté supérieure s'engage à sanctionner sous certaines réserves les rapports sociaux convenus entre les autres volontés.

Elle détermine alors les limites de son intervention et pose les principes auxquels devront se soumettre les volontés pour acquérir le droit à cette protection.



Remarquons que le mécanisme que nous présentons est une théorie de logique beaucoup plus qu'une théorie historique. Il faut dire tout se passe comme si...

Nous ne prétendons point par exemple que la supériorité de la loi sur les volontés individuelles soit le résultat d'une convention tacite intervenue entre l'Etat et les particuliers. Elle est le résultat d'un complexe historique et social.

On peut dire pourtant qu'elle était dans la fatalité des choses à partir du moment où l'Etat a pu dominer le groupe social au moyen de la contrainte.

Nous disons qu'il existe nécessairement une règle pour départager les volontés créatrices de Droit en cas de conflit et que cette règle ne peut être posée que par celle qui peut l'imposer sans conteste à toutes les autres, c'est-à-dire par la plus forte.

Tant qu'une volonté plus forte ne s'est pas révélée capable d'imposer, en tout état de cause, cette règle supérieure par la contrainte, il n'y a pas organisation juridique proprement dite. L'ordre positif n'est pas réalisé puisque chaque volonté ne peut pas a priori être affectée d'une sanction effective.

Le fait que l'organisation juridique positive suppose nécessairement une volonté plus puissante n'enlève pas, avons-nous dit, aux autres volontés le pouvoir de créer du Droit.

Leur autonomie est seulement restreinte sur certains points. Mais en contre-partie les règles de Droit créées par elles dans la limite de leur compétence acquièrent une valeur positive du fait des sanctions qui y sont dorénavant attachées.

Il faut prendre garde aussi de ne point dire, parce que la volonté la plus puissante fixe unilatéralement la limite de l'autonomie des autres volontés, qu'il s'agit en fait de règles arbitraires.

Tout au plus doit-on parler d'appréciation discrétionnaire.

Si juridiquement en effet la volonté la plus forte n'est pas limitée et ne dépend que d'elle-même, le fait même qu'elle est une volonté impose des bornes à ses décisions.

Ces limites se trouvent de deux côtés : d'une part du côté de la raison logique, d'autre part du côté du milieu social.



Le domaine propre au Droit, avons-nous dit, est celui des moyens employés. Mais les moyens restent étroitement subordonné au but poursuivi.

Il y a une force des choses au regard de laquelle l'autonomie de la volonté paraît assez étroite.

Les moyens à employer, les techniques, ne sauraient varier à l'infini. Tout au plus, a-t-on le choix entre des modalités diverses.

La logique ne saurait être exempte du choix entre ces modalités. La force des idées étant qu'elles enchaînent les esprits des autres, le meilleur moyen d'imposer sa volonté est encore de lier et de dominer les esprits. Les meilleures techniques sont les plus simples.

*
**

D'autre part, si l'organisation juridique ne fait pas corps avec l'organisation sociale, elle lui reste toutefois étroitement subordonnée.

Le milieu social géographique historique impose à la société des besoins. C'est pour satisfaire ces besoins que les hommes agissent.

Les règles prises comme normes de ces actions gardent donc étroitement le caractère des buts qu'elles doivent satisfaire. On n'imagine pas un peuple d'agriculteurs possédant un droit maritime ou vice-versa.

Les buts poursuivis conditionnent ici étroitement les moyens employés. C'est en cela que M. DUGUIT a raison de placer l'organisation sociale à la base même du Droit et antérieurement à lui.

Mais le tort qu'il a eu à notre avis est de ne pas voir que pour passer de l'organisation sociale à l'organisation juridique, il fallait nécessairement un acte de volonté.

Les conditions du Droit sont données par les événements historiques, le besoins à satisfaire, les conditions géographiques.

Mais le Droit positif est cependant créé par une volonté subjective qui adapte les règles d'organisation à ces conditions.

Enfin, non seulement le milieu social intervient pour déterminer les conditions du Droit, mais il influe encore sur l'organisation juridique par la notion de force.

La force n'est pas en effet une simple contrainte matérielle. Elle est une qualité propre à la domination d'une volonté sur les autres volontés.

Cette qualité ne peut donc s'apprécier en soi d'une manière absolue, mais seulement au regard des autres volontés, c'est-à-dire du milieu social.

C'est la société qui détermine par ses réactions la nature de la force dominatrice : force religieuse, force physique,

force économique, force militaire, force intellectuelle, force juridique, etc... qui dépend de l'état de la civilisation, des idées reçues, des sentiments répandus, etc... (1).

Il faut donc reconnaître que la part d'arbitraire (c'est-à-dire ce qui tient à un irréductible individuel) est bien limité, même dans la notion de Droit, produit subjectif de la volonté.

D'une part, attachée aux liens de la logique (et par là à la notion du Droit naturel), d'autre part, dépendant en grande partie du milieu social (c'est-à-dire du Droit objectif tel que l'entend M. DUGUIT), la part d'individualisme propre à la volonté est bien minime.

Si petite qu'elle soit, nous pensons pourtant qu'elle forme le fondement du Droit positif (2).

(1). Il y a dans l'histoire des sociétés une lutte constante des forces pour arriver à la suprématie. La philosophie qui se dégage donc de l'idée de Droit telle que nous l'exposons n'est donc pas une philosophie de la force brutale au sens où l'on entend généralement ce mot. C'est beaucoup plus une philosophie de la supériorité.

(2). Il s'agit ici d'une opinion toute personnelle.

CHAPITRE II

LE CARACTERE DE LA LEGALITE

I

Alors que l'organisation sociale est par essence spontanée, l'organisation juridique est un cadre volontaire et par là artificiel, dans lequel la société essaie de s'organiser et de se stabiliser pour durer.

Le Droit est une œuvre volontaire, qui tend à concilier les deux formes du principe de conservation et de durée qui est la base de toute activité sociale ou individuelle : le dynamisme de l'homme et la statique de la société.

Le grand avantage du Droit est d'offrir des règles d'actions susceptibles d'être utilisées pour des fins diverses et de déterminer à l'avance le résultat auquel on peut parvenir.

Il réalise ainsi une économie précieuse de forces et il joue par rapport au dynamisme de l'homme un rôle identique à celui d'un levier (1).

(1). Qu'on songe, par exemple, à l'économie de force réalisée par un Gouvernement par la notion de « légitimité ». Elle le dispense la plupart du temps de prouver sa supériorité sociale et souvent même parvient à le maintenir alors qu'il a perdu celle-ci.

D'autre part, il procure à la société une stabilité certaine en la maintenant dans un certain ordre social et il prépare sagement l'avenir en lui donnant le loisir d'épuiser les avantages qu'elle peut tirer de cet ordre.

L'organisation juridique est donc essentiellement à base d'idées (1).

Toute œuvre qui veut durer doit s'appuyer en effet sur des idées et non sur des besoins momentanés à satisfaire, car les besoins qui changent condamnent à mort les œuvres qui n'avaient d'autre but que leur réalisation alors que

(1). Voir Saleilles : *Personnalité juridique, Histoire et Théorie*, 1^{re} édit., 1910.

Dans ce livre remarquable, M. Saleilles déclare que la personnalité juridique n'est pas un fait que l'on constate par l'observation, mais un concept qui est vrai parce que c'est par lui qu'on peut arriver à protéger socialement des situations qu'il est légitime et socialement utile de protéger.

C'est quand l'esprit reconnaît qu'il y a une situation de cette espèce qu'on peut dire qu'il y a droit subjectif et sujet de droit.

Ces conceptions répondent donc à une réalité, mais à une réalité au sens pragmatiste puisqu'elles permettent d'arriver à protéger des intérêts qui doivent être socialement et légitimement protégés.

Le Droit est donc un pur concept de l'esprit et la réalité juridique est une certaine façon de concevoir les choses sociales telle qu'elle permette de protéger des situations qui socialement et légitimement doivent être garanties.

Voici un passage caractéristique emprunté au livre de M. Saleilles : « Le Droit n'est pas une réalité de l'ordre matériel, mais « un concept de l'esprit, une relation entre une réalité de l'ordre « externe et les objets soumis à son appropriation ou à sa dépendance... Du moment que l'on introduit dans la sphère du Droit « un élément de concept intellectuel, une part de conventionnel, « on se trouve tenté de dire qu'il n'y a de fiction nulle part et « que de toutes relations juridiques — du moment qu'elle est « acceptée comme telle — il y a une réalité de Droit... Ce que « je prétends, c'est qu'une réalité juridique n'a cette qualité que « par l'adaptation des effets de droit qui la constituent aux conceptions courantes du Droit... Ce que je prétends, c'est qu'une « réalité juridique n'a cette qualité que par l'adaptation des effets « de droit qui la constituent aux conceptions courantes du Droit... « Le Droit est une science positive, essentiellement positive, une « science des réalités, mais les réalités purement naturelles ; elles « répondent à la façon dont les hommes vivant en société conçoivent leurs relations soit entre eux, soit vis-à-vis des objets extérieurs. C'est donc une science de relations et de relations conçues « par l'esprit. Il est impossible même, si le Droit échappe aux « concepts purs, qu'il néglige la part faite aux conceptions de « l'esprit. » (Saleilles, pag. 519 et suiv.).

les idées immuables et fines forment le cadre solide où peuvent s'organiser des intérêts successifs et divergents.

Mais tous les rapports sociaux ne sont pas soumis au Droit parce que des règles précises n'ont pas toujours été posées à leur endroit et ils restent ainsi livrés au hasard des circonstances et des forces.

Nous n'examinerons pas l'évolution juridique certaine qui s'est produite et qui a tendu à englober de plus en plus les rapports sociaux dans des règles de Droit.

Notons simplement que le monde contiendra toujours un résidu de forces brutales contre lequel nul ne pourra jamais rien puisque c'est lui en définitive qui commande l'évolution.

L'idéal juridique, qui serait de coordonner ce résidu lui-même dans ce système de Droit, c'est-à-dire d'organiser juridiquement l'évolution sociale et politique afin de ne plus la laisser au hasard des passions et des violences, paraît irréalisable par les contradictions qu'il présente et parce qu'il suppose résolu le débat sur la finalité de la société.

L'organisation juridique naît volontairement pour répondre à une certaine logique susceptible de satisfaire les besoins de l'organisation sociale. Elle vient donc se greffer sur cette dernière, laquelle existe spontanément.

II

Nous avons dans le chapitre précédent essayé d'analyser le mécanisme juridique.

Nous nous proposons d'en préciser maintenant très brièvement le caractère au moyen de quelques exemples.

*
**

L'organisation des rapports sociaux, œuvre volontaire, comporte donc une certaine technique.

Cette technique, comme toute œuvre humaine, comporte une certaine part de donné et une certaine part de construit (1).

Seules, en effet, les mathématiques sont une science de pure construction. Toutes les autres comprennent à la fois du donné et du construit.

(1). M. Geny a basé tout son système juridique sur la distinction du donné et du construit.

Dans son livre « Science et technique en Droit positif français », tome II, pag. 369 et suiv., il distingue 4 sortes de donné ou plutôt 4 aspects du donné : le donné réel, le donné historique, le donné rationnel et le donné idéal.

Nous ne saurions souscrire à ce système. Le donné rationnel et le donné idéal faisant partie, selon nous, du construit.

Nous croyons, en effet, que le savant professeur a tort de compter la raison et l'idéal au nombre des notions qui s'imposent à l'homme au même titre que l'historique et le réel.

A ce compte-là, dans le monde tout est donné et rien n'est construit. C'est une thèse déterministe inacceptable au moins en droit où l'élément volontaire reste très grand et où la volonté suppose la liberté.

Nous ne pensons pas qu'il y ait en Droit une science et une technique séparées. La science c'est la technique et elle appartient au construit. Mais elle doit tenir compte du donné sous peine d'être inefficace.

Voici comment M. Geny s'exprime à la page 96, tome I, de son livre « Science et Technique en Droit positif » : « L'activité du « juriscosulte au sens le plus élevé du mot oscille entre deux pôles « distincts, que je proposerai de dénommer le donné et le construit. « Tantôt il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle « la « nature sociale interprétée d'après elle-même ou suivant les « aspirations d'un idéal supérieur pour aboutir à des règles d'action dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles obtiendront moins d'artificiel et d'arbitraire. Et c'est ce que j'appelle « le donné, qui doit formuler la règle de Droit telle qu'elle ressort « de la nature des choses et autant que possible à l'état brut. Tantôt le travail à réaliser, portant des données naturelles acquises, « tiendra à les mettre en œuvre, à les transformer, à les assouplir, « de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique que pour lequel elles sont destinées. Et le résultat de l'effort ainsi « poursuivi issu de l'artifice s'exerçant sur la nature des procédés « propres puisés dans les puissances personnelles de l'homme peut, « ce semble, être qualifié de construit, puisque, au moyen d'un travail tout subjectif il tend à ériger la règle brute en précepte « capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci en vue des « fins suprêmes du Droit. »

Si nous comprenons bien la pensée de M. Geny, il y aurait en droit « une nature des choses » qui imposerait des solutions positives. Ce serait l'œuvre du législateur de dégager ces solutions

Le donné, ce sont les phénomènes qui s'imposent à l'homme. Le construit, c'est ce qui est propre à l'homme, c'est-à-dire le volontaire et le rationnel.

Le mécanisme de toute science consiste à ramener le donné au construit, c'est-à-dire à expliquer le donné par le construit pour pouvoir le dominer.

Lorsque le donné et le construit ne coïncident pas, il est nécessaire de modifier le construit puisqu'en principe l'homme ne peut rien sur le donné.

En droit, comme ailleurs, la science consiste à imposer le construit au donné parce que seul le construit est rationnel.

Cela est plus facile parce que, contrairement aux autres sciences où la réaction se fait uniquement du donné sur le construit, il existe en droit une réaction du construit sur le donné, par le moyen de la force.

« données » par la nature des choses et grâce auxquelles, avec l'aide du procédé technique, il construirait son œuvre positive.

Nous ne nions pas, pour notre part, qu'il y ait au regard de la raison ou de la réalité sociale, des solutions juridiques plus rationnelles que d'autres.

Mais même lorsque la solution juridique paraît naturelle, c'est-à-dire lorsque l'organisation juridique cadre parfaitement avec l'organisation sociale, il n'en reste pas moins qu'elle a été construite et voulue par une volonté et non donnée par la nature des choses.

Pour s'en convaincre, il n'y aurait qu'à observer l'histoire des droits de famille. Ici, polygamie, là monogamie. Ici, succession par les agnats, là succession par les cognats. Et pourtant la nature des rapports naturels ne change pas.

Il reste donc que le donné c'est la vie sociale brute, spontanée, historique, et le construit la vie organisée. Science et technique sont une même chose. La science n'est pas dans le donné, mais dans le construit, au moins en Droit positif.

Cette distinction du « donné » et du « construit » correspond à la distinction adoptée par M. Duguit entre les « règles de droit nominatives » et les « règles de droit constructives » (*Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., tome I, pag. 105 et suiv.) et à celle adoptée par M. Jèze entre la « politique » et la « technique juridique » (*Cours de Droit Public — La Technique juridique*, 1922, pag. 3 et suiv. — *Cours de Finances publiques*, 1926, 1927, pages 7 et suiv.).

C'est au fond la distinction entre le but poursuivi et le moyen employé.

Mais il n'en reste pas moins que la réaction inverse peut triompher et que le donné peut l'emporter sur le construit. C'est alors le cas de répéter « Quid leges sine moribus ».



Quoi qu'il en soit, toute construction juridique par laquelle une volonté impose ses règles d'action comporte nécessairement une part de concept.

Depuis Aristote il est acquis que toute science n'existe que en général, même le Droit, et que le général suppose nécessairement le concept comme moyen d'expression (1).

Il nous paraît donc vain de vouloir nier que le Droit est principalement à base de concepts.

Il est vrai que des juristes éminents se sont élevés avec force contre le conceptualisme juridique dans lequel ils ont voulu voir la mort du Droit.

Tel est particulièrement le cas de DUGUIT, qui n'a ménagé au conceptualisme ni ses attaques, ni ses sarcasmes (2).

(1). La science du général n'est pas, il faut le reconnaître, la connaissance du réel. Elle est seulement une domination du réel. La connaissance du réel, c'est-à-dire la participation aux « idées platoniciennes », ne se fait que par une intuition métaphysique, dont les sciences positives n'ont pas à se préoccuper.

(Voir en ce sens « L'Idée et le Réel » de Jacques Chevalier, étude parue à Grenoble en 1930.

(2). M. Duguit : *Traité de Droit constitutionnel*, tome I, 2^e édit., pages 360 et suiv.).

Voir aussi « Le pragmatisme juridique », conférence faite à l'Université de Coimbre en 1924.

En ce qui concerne le terme de « conceptualisme juridique », c'est là un terme nouveau lancé il y a une quarantaine d'années, qui désigne la théorie qui voit dans le Droit une simple relation établie par l'esprit entre une réalité de l'ordre externe et les objets soumis à sa dépendance, théorie qui paraît se rattacher à la philosophie juridique de Hegel.

En philosophie, le mot « conceptualisme » a un sens précis. C'est lui qui désigne la philosophie d'Abelard (1079-1142) qui professait que l'universel existe dans les choses mêmes, mais que séparé des choses, il est une conception de l'esprit qui exprime la nature essentielle de la pensée.

Mais telle est la force des choses, que l'exemple même de M. DUGUIT confirme la thèse qu'il a combattue, et son attaque du conceptualisme a consisté à démolir les vieux concepts pour les remplacer par des nouveaux, le sujet de droit par la règle de droit (1).

Les concepts sont nécessaires à la science du Droit comme à toute autre. Concevrait-on une physique qui répudierait le secours de l'analyse mathématique parce que celle-ci est purement conceptuelle ?

Le résultat serait un sensualisme grossier et intuitif qui n'aurait aucune valeur ni du point de vue de la réalité, ni du point de vue de l'esprit.

Quant à la question de savoir si les concepts en soi ont une réalité nouménale propre, la question est purement métaphysique et nous n'avons pas à l'examiner.

Du point de vue de la science positive, disons simplement qu'ils sont nécessaires. C'est ce qu'a très bien montré M. GENY dans un article paru dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1922, pages 813 et suiv., intitulé « les bases fondamentales du Droit civil en face des théories de L. Duguit ».

Nous en extrayons les passages caractéristiques suivants : « Quand il rejette la notion de sujet de Droit, L. Duguit ignore ou méconnaît une des nécessités les plus certaines de la technique juridique, celle qui domine la structure même de la règle de Droit ; il semble croire en effet que les réalités sociales donnent lieu à règlement

Il faut, d'ailleurs, remarquer que le mot concept est relativement récent. Il a été créé par les philosophes français pour traduire le fameux « begriff » de la philosophie Kantienne.

Il désigne toute notion qui est générale sans être absolue. Les concepts se divisent en trois classes : les concepts de l'entendement pur ou catégories, les concepts empiriques et les concepts mixtes.

Les concepts juridiques appartiendraient à ces derniers.

(1). Op. cit. Hauriou : *Droit constitutionnel*, page 720.

« juridique, se traduisant d'elles-mêmes et pour ainsi dire
« naturellement en idées et formules expressives de pré-
« ceptes sans l'intervention de procédés intellectuels, bon-
« nes seulement, pense-t-il, à les déformer.....

«

« Les réalités sociales proprement dites..... ne consis-
« tent originairement qu'un fait de nature ou actes de
« volonté se produisant dans un milieu humain, elles peu-
« vent « parfois suggérer une règle de conduite ; en soi,
« elles ne la contiennent jamais ni ne la créent. Pour qu'il
« y ait règle..... l'intervention de l'esprit est nécessaire
« et indispensable, qui informe la réalité au moyen de
« concepts..... Ainsi et né le concept du sujet de Droit.
« Il a paru nécessaire, pour représenter l'unité et la con-
« tinuité indispensables au ferme maintien des rapports
« juridiques, de faire reopser l'avantage qui en résulte
« (Droit subjectif) sur un support nettement déterminé
« (sujet de Droit) » (1).

(1). Dans le même numéro de la *Revue Trimestrielle de Droit civil*, où M. Geny résumait sa doctrine, M. Tissier, conseiller à la Cour de Cassation, écrivait : « Peut-être à vouloir faire passer tout
« le Droit privé positif dans la technique artificielle et provisoire,
« M. Geny risque-t-il de lui enlever beaucoup de sa force, de sa
« solidité et de son crédit. Il est peut-être dangereux de présenter
« comme purement précaire et provisoire les notions de rapport
« de droit, de sujet de droit, de personnalité. »

Par ailleurs, M. Michaud, dans son livre sur la « Théorie de la personnalité morale et son application au Droit français », tome I, page 9, félicitait M. Geny d'avoir montré l'abus qui consistait à
« envisager comme douées d'une réalité objective permanente des
« conceptions idéales provisoires et purement subjectives de la
« nature » et le danger qui en résultait « d'aboutir à faire tenir
« *a priori* le système du droit positif en un nombre limité de caté-
« gories logiques qui seraient prédestinées par essence, immuables
« et fixes, régies par des dogmes inflexibles, incesceptibles et par
« conséquent de s'assouplir aux exigences changeantes et variées
« de la vie. »

Entre ces deux points de vue opposés, ne conviendrait-il pas de montrer que si aucun des concepts du droit n'est prédestiné par nature, le principe de certains d'entre eux paraît essentiel parce qu'il tient au mécanisme du droit et qui est d'être une règle d'organisation imposée par une volonté. Ce serait le cas du concept de personnalité juridique, par exemple.

Le mécanisme expliqué par le savant professeur à propos du concept du sujet de Droit est valable pour tous les concepts de Droit.

Mais l'idée de la personnalité juridique permet mieux que n'importe quel autre exemple de dégager la nature volontaire et par là même un peu artificielle de l'organisation juridique positive. On nous excusera d'y insister.

III

Nous avons parlé jusqu'ici des volontés subjectives créatrices des règles du Droit.

Mais la volonté n'est pas une entité existant en soi et indépendamment des sujets qui l'expriment.

Elle n'est pas de la nature de la raison dont on peut concevoir l'existence en dehors même des individus qui s'en servent.

La volonté suppose donc essentiellement des sujets pour l'exprimer. Ces sujets doués de volonté sont des personnes.

La société comprend deux sortes de personnes qui doivent être distinguées avec soin : les personnes physiques et les personnes morales.



Les personnes physiques, c'est-à-dire les hommes, sont reconnues par tout le monde, parce qu'elles ressortissent au domaine de la réalité sensible.

L'homme, unité physique par où s'exprime la parole et la pensée, est conçu facilement comme unité métaphysique

essentielle de la société parce qu'il tombe en tant qu'individu sous le contrôle des sens.

Il faut craindre d'ailleurs, en ces matières, de se fier à leurs seules données.

Les sens, en isolant l'homme et en l'opposant en quelque sorte aux autres hommes, agissent à la manière d'une véritable abstraction.

L'individu isolé n'existe pas. L'histoire ne nous montre que familles, tribus, peuplades et peuples et Etats.

Lorsque la vie a surgi dans le monde, elle a dû surgir groupée et l'homme a été tout de suite dans son véritable élément, qui est bien la société et non la nature.

Socialement parlant, il est impossible de poser l'homme en dehors de la société. A cet égard, la solitude ne se conçoit pas.

Il faut donc considérer l'homme, non comme formant un tout, mais bien dans ses relations avec la société.

*
**

A côté des personnes physiques, existent dans la société des entités sociales auxquelles une terminologie courante a donné le nom de « personnes morales ».

Leur existence a été longtemps mise en doute, parce que l'habitude pseudo-scientifique d'un positivisme physico-chimique avait posé la seule réalité comme sensible. Aussi à leur égard parlait-on de fiction.

Cette théorie de la fiction, qui trouve ses racines les plus anciennes dans le Droit Romain (1) a été longtemps la

(1). Savigny : *Droit Romain*, traduction Quenon, tome II, p. 223 et suiv. : « Le Droit fait des fictions pour ne pas accepter des notions en contradiction avec ses règles fondamentales et qui apparaîtraient comme des anomalies indisciplinées et par ce moyen le Droit courbe les faits sous la règle au lieu de se courber sous les faits. »

théorie classique. On la trouve exprimée dans notre Droit chez des auteurs relativement récents : LAURENT, BAUDRY-LACANTINERIE, DUCROS, ESMEIN (1).

Elle se résume dans cette question que les groupements sociaux, parce qu'ils n'ont pas une existence physiologique, ont une personnalité fictive et sont de pures créations légales.

Il nous paraît que cette théorie doit être abandonnée parce qu'elle se place, comme nous l'avons dit, à un point de vue faux et parce qu'en définitive, au moins au regard du Droit Public, elle ne résoud rien.

Si on se place uniquement au point de vue de la réalité physique, l'homme seul en effet apparaît comme une personne réelle.

On ne peut évidemment alors expliquer que par une fiction l'idée de personnalité appliquée à d'autres choses qu'à des êtres humains.

Mais il faut se placer ici non au point de vue de la réalité physique, mais au point de vue de la réalité sociale (2).

La réalité des personnes sociales tient à ce fait qu'il se forme dans toute association une volonté collective distincte de la volonté des individus (3).

Sans vouloir tomber dans les exagérations du biologisme sociologique, il faut reconnaître qu'il existe dans certains cas un anéantissement de la volonté individuelle dans une volonté collective qui exalte le groupe en une unité sociale, qui peut être très forte (4).

(1). Laurent : *Principes de Droit civil*, tome I, n° 287.
Baudry-Lacoutinier et Honques Foucades : *Traité de Droit civil*, tome I, § 390.

Ducroc : *Droit administratif*, tome IV, n° 1372.

Esmein : *Droit constitutionnel*, tome I, p. 1 et 2.

(2). Hauriou : *Droit constitutionnel*, p. 715 : « La personnalité morale a une réalité en qualité d'institution morale et sociale ».

(3). En particulier O. Gierke, p. 724. O. Gierke a eu le mérite, à la suite de Beseler, de proclamer la réalité des personnes morales.

(4). Ne suffit-il pas d'ailleurs de rappeler les exagérations d'un nationalisme outrancier dont certains pays nous offrent à l'heure actuelle le tragique exemple pour prouver que la réalité sociale des personnes morales n'est pas un vain mot.

Cette volonté collective est d'ailleurs beaucoup plus un sentiment de vouloir commun qu'une pensée logique (1).

Nous verrons que ce sentiment se transpose en idées précises lorsque sur la personnalité morale vient se greffer la personnalité juridique.

Le plus souvent il naît inconsciemment du seul fait de la réunion d'hommes, mais il peut avoir aussi une origine consciente, comme c'est le cas, par exemple, pour les associations privées ou les ordres monastiques.

La réalité des personnes morales est un phénomène social très certain. Ce phénomène peut être plus ou moins apparent. En tous cas, il saurait être nié. Nierait-on, par exemple, l'existence de la raison ou de l'âme, parce qu'elles n'ont jamais effleuré le bistouri d'aucun chirurgien.

La théorie de la fiction qui ne voit dans les personnes morales que de simples créations légales est d'ailleurs une pure théorie de Droit privé et n'explique pas la personnalité morale de l'Etat.

Si une loi est nécessaire pour créer la personnalité morale, il a bien fallu une loi pour créer l'Etat. Or, qui l'a pu faire ?

Nous pensons donc qu'on doit abandonner cette théorie que la terminologie, par ailleurs, a contribué pour beaucoup à maintenir le mot « personne » impliquant, dans le langage courant, une sorte de biologisme qui ne saurait se concevoir à propos de personnes morales. Comme nous l'avons dit, il conviendrait beaucoup plutôt à leur égard de parler d'entités sociales.

(1). V. Hauriou : *Principes de Droit public*, 2^e édit., p. 266 :
« Une personne morale est un groupe social, dans lequel une idée
« directrice, telle, par exemple, l'idée de l'Etat, sert de cadre dans
« toutes les consciences, aussi bien dans celles des membres du
« groupe que dans celles des organes dirigeants, à des phénomènes
« moraux que l'on peut intérioriser dans l'idée même du groupe-
« ment. C'est cette idée directrice, ainsi animée par des faits
« moraux intériorisés, qui devient le substratum de la personne
« morale. »

Le même sort, semble-t-il, doit être réservé à la théorie de M. PLANIOL (1) qui ne voit dans l'idée de personnalité morale qu'une conception simple, mais superficielle, qui cache à nos yeux la persistance de la propriété collective aux côtés de la propriété individuelle.

Cette théorie trop purement civiliste n'expliquerait pas en tous cas l'existence des droits particuliers à certaines personnes morales, comme les droits de souveraineté de l'Etat.

Par ailleurs, nous craignons qu'elle ne prenne les effets pour la cause, car il serait peut-être beaucoup plus juste d'expliquer la survivance de la propriété collective par l'existence des personnes morales.

Comme le disait excellemment un éminent juriste, « la personne morale n'est pas une personne fictive ; elle n'est pas non plus un simple artifice derrière lequel on trouve soit des patrimoines sans maîtres, soit des individus. Il reste qu'elle soit une personne réelle » (2).

Mais il faut prendre bien soin, tout en proclamant la réalité des personnes morales, de ne point les considérer en soi et indépendamment des individus qui les composent et qui peuvent participer à plusieurs d'entre elles à la fois.

Nous avons dit, plus haut, que l'homme isolé est socialement une abstraction. De même une personne morale prise en soi et en dehors des individus reste aussi une abstraction.

Personnes physiques et personnes morales sont intimement liées dans le flux de la vie sociale, comme la chaîne et la trame qui composent l'étoffe ; elles sont nécessaires toutes deux pour constituer la société et sans que l'une puisse exister sans l'autre.

(1). Planiol et Ripert : *Traité de Droit civil*, 10^e édit., tome I, page 789.

(2). Op. cit. Michoud : *La Théorie de la personnalité et son application au Droit Français*, tome I, pag. 28, 3^e éd.



L'organisation sociale de la société comprend donc des personnes physiques et des personnes morales. Son organisation juridique est sensiblement différente.

La personnalité juridique diffère, en effet, de la personnalité réelle (1).

IV

Notre Droit qui est le terme d'une évolution longue et féconde qui s'est faite dans le sens de l'individualisation et de la liberté, a poussé si loin cette individualisation qu'il n'apparaît pas beaucoup d'exemples de la séparation de la personne physique et de la personne morale (2).

Mais il n'en a pas été toujours ainsi.

C'est ainsi par exemple, que dans toutes les sociétés primitives, il apparaît que les règles juridiques ne s'appliquent qu'à des groupes (familles ou tribus).

Ce sont les groupes qui ont des droits et des obligations et l'individu qui n'est considéré que comme un membre du groupe n'a pas la personnalité juridique.

(1). Pour la distinction de la personnalité juridique et de la personnalité morale, voir Hauriou : « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », article paru dans la *Revue Générale du Droit* en 1898 et le *Traité de Droit constitutionnel*, pages 712 et suivantes.

(2). Saleilles : *De la personnalité juridique*, page 603 : « L'attribution de la capacité juridique à l'homme parce qu'il est homme, constitue un rapport de droit tellement adopté aux principes généraux universels du Droit qu'il ne vient plus à personne l'idée de remarquer la part de convention intellectuelle qu'il renferme. En pareil cas, la réalité juridique s'identifie, en quelque sorte, avec la réalité de fait qu'elle recouvre, comme en matière de propriété le droit entendu d'une relation immatérielle se confond dans l'esprit avec la chose elle-même. »

Cette organisation primitive se retrouve d'une manière très frappante dans le Droit Romain particulièrement à l'époque de la loi des XII tables.



L'esclave, l'enfant, l'étranger, sont des personnes physiques réelles n'ayant pas la personnalité juridique.

La condition des esclaves ne caractérisait pas l'incapacité absolue de prendre part à aucun acte juridique et par l'absence totale de droits (1).

N'ayant pas la « *libertas* », l'esclave n'a ni la « *civitas* », ni la « *familia* ». Il n'est pas une personne (2).

Vis-à-vis de son maître, il n'a aucun droit. Le maître a sur lui tous les droits. La puissance à laquelle il est soumis, la « *potestas* », est absolue, sans limites. Elle est semblable au pouvoir qu'un propriétaire a sur la chose qui lui appartient (3).

L'esclave n'a pas non plus de patrimoine. Tout ce qu'il acquiert étant en servitude est acquis au maître ; tous les biens qu'il avait avant de tomber en esclavage sont devenus la propriété de celui-ci.

Aux yeux de la loi, l'esclave n'a pas de femme légitime. Il a une compagne de servitude à laquelle il est uni par les liens du *contubernium* que le maître peut dissoudre à son gré.

Le *contubernium* n'a pas plus de portée juridique que l'union des animaux. Il n'entraîne aucune obligation réci-

(1). La condition des esclaves s'est d'ailleurs progressivement adoucie. Mais nous nous plaçons ici à l'époque du *jus civile* et non à celle du *jus gentium* ou du Bas Empire. Au Bas Empire, par exemple, on admet que l'esclave peut être créancier ou débiteur naturel.

(2). *Servi pro nullis habentur* (32 Dig. De reg. jur. L 17, ulp). *Servile caput nullum jus habet* (3 § 1 Dig. De capit mim. IV S. Paul).

(3). Cf. Gaston May : *Eléments de Droit Romain*, page 76.

proque ni entre l'homme et la femme ni à l'égard de leurs enfants. Il n'y a pas de parenté servile (1).

La règle qui supprime la personnalité juridique de l'esclave est telle que même lorsque sous l'effet des nécessités pratiques on fut obligé d'instituer des actions « *adjecticiae qualitatibus* » (2) la formule était donnée avec fiction ~~sur~~ la transposition : *ac si liben esset*. Le prêteur dit au juge de statuer comme si l'esclave était une personne libre.

*
**

Le droit primitif opposait au citoyen, le non-citoyen, appelé « *hostis* » (3), étranger à la cité et tenu par conséquent hors du droit.

La cité et le Droit ne devaient pas d'ailleurs lui rester toujours complètement fermés.

Au-dessous du *civis* qui a tous les droits, on trouve, en effet, bientôt diverses catégories de personnes que la politique romaine a associées d'une façon plus ou moins large à la Cité et aux prérogatives du « *jus civile* » : tels les *cives minuto jure*, tels aussi les *Latini*.

Nous n'insisterons pas sur la condition des étrangers. A

(1). Dans le Droit du bas empire on a reconnu une certaine efficacité à la *cognatio servilis*. On n'admet pas en cas de vente ou de partage que les enfants de la femme esclave soient séparés d'elle.

(2). Les actions « *adjecticiae qualitatibus* » sont des actions prétorienne, qui ne sont données que pour partie de l'engagement. Elles sont au nombre de deux : l'action de *peculio* et l'action *tributoria*.

La formule de ces actions est donnée avec transposition. Dans « l'intentio » figure le nom de l'esclave avec indication de la qualité à laquelle il a agi ; dans la condamnation apparaît non plus le nom de l'esclave, mais celui du maître avec, le cas échéant, la mesure dans laquelle il est responsable.

Ce sont ces adjectiones qui expliquent le nom de ces actions. (Cf. Giffard et Collinet : *Droit Romain*, tome I, page 154).

(3). Le nom d'*hostis* qui a été détourné plus tard de son acception première, n'implique pas l'idée de guerre déclarée entre Rome et la nation étrangère.

leur égard il serait peut être juste de remarquer qu'ils n'étaient pas dépourvus en soi de personnalité juridique.

Cette dernière leur était acquise dans leur propre Cité. Ils étaient privés seulement de son bénéfice au regard du Droit Romain.

La distinction des personnalités juridiques et réelles éclate mieux dans l'institution de la famille.

Celui-ci reposait toute entière sur l'idée du groupe sous la domination (potestas) du paterfamilias (1).

Dans le droit civil ancien, la puissance paternelle est aussi absolue que la puissance dominicale avec laquelle elle offre d'incontestables analogies (2).

Sur ses enfants, le pater a le droit de vie et de mort, potestas vitae ac necis.

Pour ce qui est des biens, les enfants sont incapablès d'avoir un patrimoine. Tout ce qu'ils acquièrent est immédiatement acquis au pater et vient augmenter son patrimoine.

Comme les esclaves, ils servent au pater d'instruments d'acquisition. En somme leur personnalité juridique est effacée totalement, absorbée par celle du pater.



La transformation de l'ancien jus quiritum en jus gentium, accomplie comme l'observe très justement Summen-Maine, dans une large mesure sous l'influence de la philosophie stoicienne a constitué un remarquable progrès dans l'ordre de la généralisation de l'idée de droit.

Ce progrès s'est manifesté, avons-nous dit, par une tendance de plus en plus forte à l'individualisation du droit, c'est-à-dire à une émancipation des individus, grâce à laquelle chacun devient personnellement objet de droits

(1). Cl. Girard : *Droit Romain*, page 151.

(2). Cf. Gaston May : *Eléments de Droit Romain*, page 104.

et de devoirs, si bien que dans nos droits modernes la personnalité juridique apparaît en quelque sorte indissolublement liée à la personnalité physique et s'efface dans celle-ci.

Cette tendance a commencé sous le Bas Empire.

Notre ancien droit l'a continuée.

Sous l'empire de celui-ci, les aubains, les forains, les vilains, les serfs, quoique ne bénéficiant pas que de droits restreints n'étaient pas sans personnalité juridique. La condition des serfs, par exemple, ressemblait beaucoup à celle du Colonat Romain (1).

Seules les personnes qui entraient en religion étaient considérées mortes pour le monde et le droit les traitait comme telles ; la profession religieuse leur faisait perdre la vie civile.



Notre droit moderne a achevé la réalisation de cette tendance. Mais il est une institution curieuse venant du droit romain (2) qui conservée dans notre ancien droit est passé dans l'art. 25 du code Napoléon : c'est la mort civile.

(1). Comme le colon, le serf est attaché non à un maître, mais à la terre. Comme lui il est une personne et non une chose ; comme lui il peut avoir des droits de famille, acquérir la propriété mobilière ou immobilière, contracter, ester en justice. A son décès, son patrimoine revient au seigneur, à titre de pécule. (Cf. Glasson : *Histoire du Droit Français*, pag. 252 et suiv.).

(2). La mort civile a une étroite parenté avec une institution du Droit Romain : La Capitis Deminutio. C'est là d'ailleurs une question très controversée (Voir Girard : *Manuel élémentaire*, page 192, note 4), car la capitis deminutio semble n'avoir été tout d'abord qu'une atteinte à la capacité juridique avant d'être une mort de la personnalité juridique.

Les effets de la capitis deminutio étaient de trois sortes. La capitis deminutio maxima caractérisée par la perte de la libertas ; la capitis deminutio media caractérisée par la perte de la civitas ; la capitis deminutio minima caractérisée par la perte de la familia.

Seule la capitis deminutio maxima qui est une suppression de la personnalité juridique plus complète encore que la mort civile (le capite minutus ne peut même pas contracter à titre onéreux) peut être assimilée à cette dernière.

Mieux que toute autre, elle montre la dissociation qui peut s'opérer entre la personnalité juridique et la personnalité réelle.

La mort civile qui frappait trois sortes de condamnés : les condamnés à mort, les condamnés aux travaux forcés à perpétuité et les déportés, était une fiction en vertu de laquelle le condamné quoique vivant encore était réputé mort aux yeux du droit.

Les conséquences de la mort civile étaient énumérées dans l'article 25 du Code civil.

La succession s'ouvrait. Les biens étaient distribués aux enfants ou aux héritiers. Par une sévérité supplémentaire son testament antérieur quoique fait en temps de capacité était annulé. La succession était donc toujours ab intestat.

Le mariage était dissous. Le conjoint devenu libre était considéré comme veuf et pouvait se remarier. S'il continuait à vivre en fait avec le mort civil, il y avait concubinage et les enfants qui naissaient étaient illégitimes.

La perte des droits politiques et civiques était complète.

La perte des droits civils aussi. Seul le droit de passer des contrats à titre onéreux était conservé afin de permettre au mort civil de gagner de l'argent en travaillant, d'acheter de vendre, de devenir créancier ou débiteur.

Seulement, quand il y avait un procès, il ne pouvait plaider que par un curateur spécial nommé par le tribunal et à sa mort les biens acquis par lui revenaient à l'Etat par droit de deshérence (1).

(1), La mort civile était très critiquée. Elle aboutissait souvent à priver les enfants de successions que le père avait recueillies et leur enlevait les biens qu'il avait acquis par son travail pendant la mort civile.

En Belgique, elle a été abolie dès 1831. On a même inscrit sa suppression dans la Constitution (art. 13) qui défend de la rétablir à l'avenir.

En France, une loi du 8 juin 1850 la supprime pour les déportés. La loi du 31 mai 1854 la supprima définitivement.

Cependant on a conservé pour les condamnés aux peines perpétuelles une double incapacité. Il leur est interdit : 1° de faire des libéralités par donations entre vifs ou par testament ; 2° de recevoir aux mêmes titres si ce n'est pour cause d'aliments. C'est le seul vestige qui reste de la mort civile.

**

La personnalité juridique est donc essentiellement différente de la personnalité physique.

Elle est une fiction simple et commode, destinée à permettre à cette dernière de participer aux avantages du commerce juridique.

Son caractère de technique positive est si net que contrairement aux exemples que nous avons donnés jusqu'ici et dans lesquels la personne physique existe sans personnalité juridique, il y a au moins un cas dans lequel c'est la personnalité juridique qui existe sans le support de la personnalité réelle.

C'est le cas prévu par l'adage « *Infans conceptus pro nato habetun, quoties de commodis ejus agitur* ».

Cette règle nous vient du Droit Romain. Julien (*Dig. tome 1 tit. 5 p. 26*) disait « *Qui in utero sunt intelliguntur in rerum natura esse* ».

Plusieurs codes étrangers contiennent en ce sens une disposition générale.

Le code civil se borne à faire l'application de la règle aux successions (art. 725) et aux donations et legs (art. 906).

La personnalité humaine, en effet, ne commence qu'à la naissance. Jusqu'à ce moment là, l'enfant n'a pas de vie distincte. Il est « *pars viscerum matris* ».

Pourtant l'enfant non encore né est capable d'acquérir des droits depuis l'époque de sa conception. La personnalité juridique lui est reconnue d'une façon anticipée toutes les fois qu'il y va de son intérêt futur.

Elle lui permet, par exemple, de recueillir une succession, de profiter d'une reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité naturelles, de bénéficier d'une acquisition nouvelle de nationalité.

Cette personnalité fictive disparaîtra si l'enfant ne naît pas ou ne naît ni vivant ni viable. Dans le cas contraire, elle se consolidera sur sa personne physique.

Mais il n'en reste pas moins que la personnalité juridique de l'enfant pendant le temps de la grossesse n'est pas autre chose qu'une fiction de technique juridique permettant de protéger ses intérêts futurs d'une façon pratique et simple.

V

Nous pourrions arrêter ici nos exemples.

Nous voudrions pourtant les compléter en montrant la dissociation de la personnalité juridique avec la personnalité morale.

Elle éclate mieux encore, si c'est possible, que dans le cas des personnes physiques.

Ce n'est pourtant que récemment que cette dissociation a pu apparaître dans notre droit d'une façon évidente.

Avant la loi du 1^{er} juillet 1901 en effet le principe qui était admis était que la personnalité civile des associations ne s'acquerrait qu'en vertu d'un acte de l'autoité souveraine.

C'était là une vieille tradition dans notre droit qui avait été consacré par l'édit de 1749 et que dans le silence des textes on continuait d'appliquer (1).

Mais d'autre part les associations au moins lorsqu'elles comptaient plus de 20 personnes étaient interdites par la loi pénale (art. 291 et suiv. du Code Pénal) qui considérait leur formation comme un délit.

Si bien qu'en fait, il n'existait pas de personne morale

(1). Il en était ainsi sous l'ancien régime pour les communautés de métier. Elles ne pouvaient se fonder qu'avec des lettres patentes du Roi.

qui n'eut pas en même temps la personnalité juridique parce qu'elle aurait été interdite et dissoute (1).

Comme la dualité des deux personnalités n'apparaissait pas et comme d'autre part, contrairement à ce qui se passait pour les personnes physiques, c'est la personnalité juridique qui l'emportait sur la personnalité réelle quand il s'agissait de personnes morales ; ces dernières apparaissaient donc presque toujours comme de pures créations légales.

C'est là qu'il faut rechercher la véritable origine de la théorie de la fiction.

La loi du 1^{er} juillet 1901 est venue mettre en évidence le mécanisme réel de la dualité de la personnalité juridique et de la personnalité morale.

L'économie de cette loi consiste à consacrer la réalité sociale, c'est-à-dire à reconnaître qu'en matière d'association et de personnalité morale, le législateur ne crée rien.

La personnalité morale est un fait spontané ou volontaire peu importe, mais dont la naissance lui échappe et qu'il n'y a lieu d'interdire que si elle poursuit des buts contraires à l'ordre public.

(1). Il y a lieu toutefois de faire une réserve pour les sociétés civiles qui étaient dispensées d'autorisation, puisque prévues par le Code, et dont la personnalité juridique n'a été définitivement affirmée qu'après un arrêt de la Cour de Cassation du 23 février 1891. D. 91-1-337. Mais il existait pourtant un mouvement doctrinal très puissant qui affirmait leur personnalité juridique.

Quant aux Associations en petit nombre qui se contentaient de se faire autoriser par les Préfets pour échapper aux poursuites judiciaires, mais renonçaient à solliciter la reconnaissance d'utilité publique, la jurisprudence avait conçu à leur égard une construction assez remarquable.

Elle leur accordait « l'individualité », bénéfice inconnu de la loi, forgé par les arrêts, qui leur donnait un double avantage : celui de passer des contrats usuels et celui de simplifier les procédures dans lesquelles il suffisait qu'elles fussent représentées par leurs gérants.

Encore faut-il remarquer que la jurisprudence tirait cette demi-personnalité juridique de l'approbation donnée à ces sociétés par l'autorité publique. (Voir à cet égard : Cass. 25 mai 1887. — D. 87-1-289 et Cass. 2 janvier 1894. — D. 94-1-81).

Par contre le législateur reste maître de fixer les conditions qu'elles devront remplir pour posséder la personnalité juridique (1).

Ces conditions, en l'espèce, sont extrêmement libérales, puisqu'il suffit pour que l'association acquiert la personnalité juridique d'une déclaration faite soit à la Préfecture, soit à la sous-préfecture (art. 4 de la loi).

Cette déclaration fera connaître le titre et l'objet de l'association, le siège de ses établissements, les noms, professions et domiciles de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de son administration ou de sa direction (art. 5).

Elle aura pour effet de permettre à l'association, sans aucune autorisation spéciale, d'ester en justice d'acquérir à titre onéreux de posséder et administrer en dehors des subventions de l'Etat, des départements ou des communes : 1° les cotisations de ses membres ou les sommes au moyen desquelles ces cotisations ont été réduites, ces sommes ne pouvant être supérieures à 500 fr. ; 2° le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres (en pleine propriété) ; 3° les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose.

Quant à la reconnaissance d'utilité publique elle créera une sorte de personnalité juridique agrandie en permettant aux associations de recevoir des libéralités sauf autorisation pour l'acceptation de celles-ci (2).

(1). Le danger qu'a toujours suscité la formation libre des associations est celui de la main-morte. C'est là une vieille préoccupation qui provient d'une réaction contre l'ancien régime où les biens de main-morte s'étaient multipliés d'une façon excessive. L'Edit de 1749 marqua les débuts de la réaction législative, et la Révolution marcha dans cette voie d'une façon radicale par la suppression de tous les gens de main-morte.

A notre avis, le danger pour l'Etat d'associations trop puissantes est moins un danger économique qu'un danger politique. Les événements récents l'ont prouvé un peu partout dans tous les pays.

(1). Cependant les syndicats professionnels, depuis la loi du 12 mars 1920, ne sont pas astreints à l'autorisation par l'acceptation des libéralités.

La dissociation et la superposition des phénomènes de la personnalité juridique et de la personnalité morale apparaît encore très nettement dans le cas des sociétés par actions.

On sait que ces sociétés ont de plano, la personnalité juridique.

L'assujettissement aux lois d'impôts et aux lois douanières impose l'obligation de leur reconnaître une nationalité. On sait que traditionnellement la jurisprudence, en accord d'ailleurs avec la doctrine, appliquait en cette matière la théorie du siège social.

La personne juridique constituée par la société avait la nationalité de son siège social.

Mais un tel criterium basé sur une technique, purement juridique, et par conséquent artificielle, est apparue insuffisant dans certains cas.

Lorsqu'il ne s'agit non plus de commerce proprement juridique, mais de réalité sociale, on s'est aperçu que le criterium était insuffisant et que derrière la technique, il fallait rechercher le substratum réel.

C'est ainsi que pendant la guerre pour l'application des lois interdisant tout commerce avec l'ennemi ou par la saisie des biens ennemis, on a été obligé d'avoir égard à la réalité sociale et non plus à la réalité juridique.

C'est l'être moral de la société, son activité pratique, ses actionnaires, leur nationalité qui ont été pris en considération et non plus l'être juridique seul.

Il est vrai que la jurisprudence a toujours considéré un pareil criterium comme un criterium exceptionnel, un criterium de guerre.

Depuis, la Cour de Cassation est en effet revenue à l'opinion traditionnelle (Arrêt Remington - D.H. 1930 - page 283) en accordant le bénéfice de la propriété commerciale réservée aux seuls Français, à une société dont le siège social était en France, mais dont les actionnaires et dont le personnel dirigeant était américain.

La question soulève ici de grandes complications juri-

diques dans le détail desquelles nous ne voulons pas entrer.

Nous pensons toutefois qu'il sera difficile à la Cour Suprême de maintenir sa jurisprudence lorsqu'il s'agira de l'octroi de certains privilèges fiscaux.

En tous cas, l'Administration ne paraît pas vouloir suivre ici l'opinion de la cour de Cassation et lors de la passation des commandes ou des marchés qui sont, en principe, réservés aux seuls Français, elle a soin de vérifier, non pas seulement la personnalité juridique des sociétés adjudicataires, mais encore leur personnalité réelle en contrôlant l'origine des capitaux, les membres du Conseil d'Administration, l'activité principale de la société, etc..

Il est vrai que l'Administration est moins que le pouvoir judiciaire soumis aux dogmes juridiques.

**

La personnalité juridique peut-elle exister parfois en dehors de la personnalité morale réelle, comme nous avons montré que c'était le cas pour la règle « *infans conceptus pro nato habitus* » ?

La question apparaît comme très délicate, car souvent la réalité de la personne morale n'apparaît que très vaguement derrière la personnalité juridique.

C'est le cas en effet lorsque l'Etat accorde la personnalité juridique à un organe administratif : lycée, collège, faculté, service financier, etc.

Il s'agit en fait d'une simplification destinée à faciliter le jeu des rouages administratifs et du commerce juridique.

On peut douter par conséquent qu'il y ait derrière cette personnalité juridique une personnalité morale réelle.

Mais d'autre part la personnalité juridique suscite toujours plus ou moins la personnalité morale.

Sans vouloir entrer dans les détails d'une controverse que nous aurons probablement l'occasion de retrouver

indiquons cependant qu'on peut très bien concevoir qu'un pareil cas, le caractère de la personne morale devienne différent.

L'entité sociale n'est plus instituée par un sentiment commun, mais par un but juridique précis (service public) assigné aux membres de l'organisation par une volonté supérieure et auquel ils ne peuvent se soustraire. Ce but juridique, s'il est connu et s'il est fortement ressenti par les membres du groupe soit spontanément, soit par le moyen d'une discipline fonctionnelle précise peut très bien constituer une personne morale réelle (1).

Il y a lieu toutefois, de remarquer que la personnalité juridique peut fort bien dans certains cas, précéder la personnalité réelle comme la personnalité juridique de l'enfant conçu précédant la personnalité humaine.

Ainsi par exemple, lorsque François 1^{er} créait le Collège de France, institution entièrement nouvelle en 1530, il est évident que le cadre technique de la personnalité juridique a précédé la réalité sociale qui n'est venue s'y incorporer que bien après (2).

(1). Est-il besoin d'indiquer le phénomène d'intériorisation qui se passe dans certaines grandes administrations et qui les fait d'ailleurs se dresser l'une contre l'autre : l'administration militaire, l'administration financière, l'administration policière, etc... en dehors même de toute question de personnalité juridique.

Chacun sait qu'il y a un esprit inspection des finances, un esprit cour des comptes, un esprit magistrature.

On conçoit fort bien que ces états esprit, lorsqu'ils sont complétés et étayés par un but juridique précis, puissent constituer des personnes morales réelles.

(2). Nous nous demandions plus haut si la personnalité juridique pouvait exister sans le substratum de la personnalité morale réelle.

Nous voudrions indiquer ici un cas purement théorique d'ailleurs, mais qui montre que cette dernière peut très bien disparaître et la personnalité juridique continuer à vivre une vie propre et indépendante.

On peut très bien concevoir l'existence de deux sociétés anonymes, par exemple A et B, ayant chacune d'importantes réserves et employant ces réserves et une partie des bénéfices à l'achat des actions de l'autre société.



La personnalité juridique offre donc un remarquable exemple à la fois de la nécessité des concepts dans le droit et de la nature volontaire de ceux-ci. Si nous y avons insisté, c'est pour marquer le caractère, non pas tant artificiel, puisque par ailleurs nous le croyons nécessaire, mais instructif de l'organisation positive.

Nous ne saurions mieux faire que reprendre à notre compte la belle expression de M. HAURIU disant de la personnalité juridique qu'elle est un masque posé sur la personnalité morale (1).

« La personnalité morale et sociale des corps constitués, écrit-il, à la page 715, de son Traité de Droit constitutionnel, est une institution sociale et morale, tandis que la personnalité juridique n'est qu'une institution juridique. Partant la personnalité morale des corps constitués peut avoir une réalité en qualité d'institution sociale et

Au bout d'un certain temps, lorsque l'opération serait terminée, la société A, personne purement juridique, serait le substratum de la personne B et réciproquement. Il y aurait donc là un système lié de personnes juridiques n'ayant pas derrière elles de substratum moral réel.

Les bénéfices s'accumuleraient indéfiniment entre les deux sociétés sans entrer dans la circulation par l'intermédiaire des actionnaires. Une pareille conséquence peut devenir d'ailleurs un véritable danger économique, même si le système n'est pas complètement réalisé.

De même on peut supposer une seule société anonyme dans la mesure où cela lui serait permis par les statuts, utilisant ses réserves à l'achat en Bourse de ses propres actions. Poussé jusqu'au bout, le système reviendrait à la création d'une personne juridique pure sans personnalité réelle.

(1). L'idée d'Hauriou est celle de la réalité du phénomène de la représentation. Passant en revue ce phénomène, il montre qu'il ne repose point sur une fiction, mais bien sur un fait réel, qui est la fusion des volontés du représentant avec les représentés.

Dans toute œuvre collective, il se dégage, pour toute décision à

« morale alors même que la personnalité juridique serait
« considérée comme un simple moyen de la technique juridique
« destiné à adapter aux exigences du droit l'être
« moral de ces constitutions sociales, comme d'ailleurs elle
« sert déjà à y adapter l'être moral des individus humains.
« La personnalité juridique n'est qu'un masque dont la
« principale utilité est d'immobiliser en une certaine attitude la
« physionomie morale de l'homme qui, dans la réalité est trop mobile,
« ondoyante et diverse pour servir de
« sujet à des droits subjectifs essentiellement stables. Elle
« est si l'on veut, une stylisation de la personnalité morale
« dans laquelle se glisse, comme en toute œuvre d'art, quelque chose
« d'artificiel. Mais toute personne morale a
« droit à être ainsi stylisée en personne juridique, aussi bien la
« personne morale institution sociale, que la personne morale individu
« humain ».

Avec le savant professeur il faut donc reconnaître à la personnalité juridique une réalité de concept technique.

prendre, une volonté humaine qui par le jeu des forces extérieures du groupe, devient maîtresse des autres volontés et s'impose.

Une personne morale, pour lui, est essentiellement une entreprise collective organisée corporativement qui, s'étant appropriée par l'élément de son groupe des associés le capital de compétence et de pouvoir accumulés dans ses organes, a acquis à la fois le sens propre et la liberté intérieure et est devenue un « sujet » (*Principes de Droit public*, 1910).

M. Hauriou, après avoir posé la distinction de la personnalité morale et de la personnalité juridique, ne paraît pas avoir été jusqu'au bout de son idée.

Pour lui, si les deux personnalités sont différentes, la première cependant ne saurait exister sans la seconde, car une entreprise qui est organisée corporativement suppose la personnalité juridique.

Il faut, croyons-nous, aller plus loin et dire que si le plus souvent les deux personnalités co-existent, elles mènent en réalité une vie différente et séparée. L'une dans le monde social, l'autre dans le monde juridique, et ne correspondent pas forcément.

CHAPITRE III

LA LEGALITE ET L'ETAT

I

Il ne faut pas, en effet, cesser de le répéter, le Droit est un ordre volontaire et par là quelque peu artificiel, organisé pour faciliter la vie sociale.

Il est le régulateur de cette vie sociale comme les digues placées sur chaque rive du fleuve régularisent son cours.

Cette œuvre volontaire, avons-nous dit, peut être conçue par toute volonté subjective réelle (c'est-à-dire pour toute personne morale ou physique), mais elle ne passe dans l'ordre positif que lorsqu'elle peut y être réalisée effectivement, c'est-à-dire lorsque la force vient au secours de la volonté, pour en assurer l'exécution, au besoin par la contrainte.

Il ne suffit pas, en effet, qu'un architecte conçoive le plan d'une maison pour que celle-ci existe, il faut de plus qu'il ait des ouvriers sous ses ordres pour la construire.

Pour que l'œuvre positive se réalise en Droit, il est donc nécessaire qu'une volonté plus forte domine les autres et impose l'organisation qu'elle a créée.

Cette domination, qui est dans la fatalité des choses, est celle d'une personne réelle, dont la volonté constitue en dernière analyse, la norme la plus haute du Droit, puisque c'est elle qui fixe, à chacune des autres volontés, la part d'autonomie qui lui revient dans la création juridique.

Mais il faut remarquer que la valeur en soi des volontés étant égale et que ces dernières ne différant que sur le plan positif, la liberté des volontés subordonnées ne doit être supposée limitée que dans la mesure où la volonté dominatrice l'a décidé expressément.

*

**

La vie juridique comprend une série de normes, de pouvoirs et de droits dont l'avantage est d'être sanctionnée.

La participation des personnes réelles au commerce juridique dépend, avons-nous dit, en dernier ressort de la volonté de domination, en contre-partie de la sécurité qu'elle accorde, au moyen de la force dont elle dispose, au droit créé subjectivement par les autres volontés.

Les pouvoirs juridiques positifs de toute personne réelle, dépendent en définitive de la volonté de domination.

Celle-ci fixe les conditions auxquelles devront répondre les personnes réelles pour participer aux avantages du commerce juridique, c'est-à-dire voir leurs règles de droit sanctionnées.

Ces conditions comprennent deux choses bien distinctes : tout d'abord la possibilité en soi d'y participer, ensuite la limite de cette participation.

La possibilité de participer au commerce juridique c'est essentiellement la personnalité juridique. La limite de cette participation c'est la capacité juridique.

La personnalité juridique est donc le support nécessaire où viendra s'accrocher un nombre plus ou moins considérable de droits et de pouvoirs.

En ce sens, capacité et personnalité sont étroitement

liées. Plus la capacité est grande, plus la personnalité est forte.

*
**

La personnalité juridique est le lien qui unit le monde du droit, qui est un monde de normes et de concepts, au monde social, qui est un monde vivant et réel.

Elle est nécessaire au monde social pour le faire participer aux avantages de l'ordre et de la vie juridique.

Elle est nécessaire au monde du droit qui, sans elle, ne serait qu'un monde de concepts purement fictifs, sans aucun lien avec la réalité et par conséquent n'ayant plus aucun but.

Toute personne réelle qui ne possède pas en même temps la personnalité juridique devient une véritable chose qui n'a pas plus de pouvoir qu'un simple animal.

Tout le progrès dans le Droit a consisté à réunir de plano la personnalité juridique et la personnalité réelle. A l'heure actuelle, en France, tout au moins, les deux notions correspondent et les pouvoirs de la volonté de domination ne s'exercent pas que sur la capacité juridique, c'est-à-dire sur les limites de cette personnalité (1).

*
**

La capacité juridique est double ou plutôt peut être appréciée à un double point de vue.

Ou bien, en effet, elle peut être considérée comme la possibilité pour une personne juridique de profiter des droits

(1) Avec l'avènement du régime l'Etat, la personnalité juridique des personnes humaines n'a plus fait de difficultés.

Il n'en a pas été de même, par contre, pour les personnes morales, vis-à-vis desquelles l'Etat a toujours marqué une certaine méfiance, probablement parce que lui aussi était une personne morale ne désirant pas voir se développer la puissance.

Il a donc toujours tendu à les écarter du commerce juridique.

et avantages du droit positif et c'est, si l'on veut, la capacité négative.

Ou bien elle peut être considérée comme la possibilité pour une volonté d'intervenir dans la création des règles de droit (de droit particulier ou général, peu importe) et c'est, si l'on veut, la capacité positive.

Autrement dit, l'une est la capacité au regard du droit objectif, l'autre la capacité au regard du droit subjectif.

La capacité positive, après avoir été longtemps la capacité la plus profitable à l'individu lorsque la société était mal organisée, voit chaque jour sa place plus restreinte avec le flot toujours plus abondant de la légalité et du droit de l'Etat.

La capacité de l'individu se résume aujourd'hui presque tout entière à essayer d'utiliser les principes et les techniques créés par l'Etat, c'est-à-dire à profiter le droit objectif.

Le vieux droit subjectif s'est presque tout entier cantonné à l'heure actuelle dans la matière du contrat et encore une tendance de plus en plus forte tend-elle à l'en déloger (1).

*
**

La capacité juridique apparaît donc comme le complément nécessaire de la personnalité juridique. Celle-ci sert de support à celle-là.

La personnalité juridique, avons-nous cru pouvoir dire, est d'autant plus forte que la capacité juridique est plus grande et, en effet, dans le commerce des hommes, plus un individu a de droits, plus sa personnalité paraît puissante.

(1) V. en particulier la thèse de M. Georges Debray sur les effets des clauses commerciales. Voir aussi la jurisprudence de la Cour de Cassation en matière de contrat d'adhésion.

II

La nature de l'organisation juridique impose par ailleurs la nécessité de la domination d'une volonté plus forte dont les prescriptions constituent la norme la plus haute du droit, puisqu'elle fixe aux autres volontés, par le moyen de la personnalité et de la capacité juridique, la limite de leur autonomie dans la création subjective des règles du droit.

Cette volonté est dite souveraine, parce qu'il n'existe pas en droit de volonté qui lui soit supérieure.

La souveraineté est donc un concept de l'ordre juridique qui désigne la plus forte personnalité possible en droit, dont la capacité est maxima, celle, qui ne dépend que d'elle-même et dont dépendent toutes les autres (1).

Jellinek, dans ses développements du « Droit Moderne de l'Etat », a essayé de montrer que la souveraineté était une catégorie historique et non logique, née de la lutte entre les pouvoirs.

Nous pensons être d'accord avec lui en ce sens que l'ordre positif n'a pu exister dès l'avènement des sociétés humaines. La vie sociale spontanée a précédé la vie juridique volontaire et il a fallu, pour que les règles d'action fus-

(1) Il convient de fixer une fois pour toutes une question de terminologie. Le mot de souveraineté a, dans le langage courant un sens très complexe, car il recouvre des notions assez différentes.

Les Allemands ont des mots différents pour marquer des notions distinctes que nous caractérisons par le même mot. « Souverainität » qui sert à marquer la qualité d'indépendance, « Staatsgewalt » qui désigne la puissance étatique considérée comme un ensemble de pouvoirs effectifs, enfin « Herrschaft » qui désigne la qualité de l'organe le plus haut dans l'Etat.

Toutes ces notions peuvent se ramener selon nous à une même idée, qui est celle de l'indépendance dans l'ordre positif, c'est-à-dire le fait qu'une volonté ne dépend que d'elle-même.

Il faut remarquer que le mot souveraineté ainsi entendu ne comporte pas par définition la possibilité de tout faire. Cette dernière question n'est pas d'ailleurs, nous le verrons, une question de droit, mais une question de fait.

sont sanctionnées, qu'un pouvoir s'élevât au-dessus des autres et fît de ces règles d'action des règles de droit, au besoin par la force.

La souveraineté est donc apparue à un certain moment de l'histoire et elle est historique dans la mesure où le droit positif est un phénomène historique (1).

Mais il est dans la logique et dans la nécessité d'un ordre positif juridique qu'il y ait une souveraineté.

L'antiquité, selon lui, n'aurait pas connue la notion de souveraineté parce que le développement des faits n'aurait pas permis la naissance d'une semblable notion. Au contraire, elle se serait imposée aux Etats modernes qui ont eu à lutter contre trois adversaires : l'Empire, la Féodalité et l'Eglise.

Nous pensons qu'il y a là une véritable pétition de principes.

Nous ne nions pas que la souveraineté n'apparaisse pas d'une façon plus évidente dans les Etats modernes, parce que des circonstances historiques ont mis ce concept en lumière.

Mais nous pensons que c'est une véritable erreur que de dire que l'antiquité n'a pas connu la notion de souveraineté.

Sans vouloir chercher plus loin, le Droit Romain, par exemple, n'offre-t-il pas l'exemple d'un droit construit tout entier sur la notion de souveraineté.

Il n'y a pas de droit qui n'ait fait meilleur et plus fréquent usage. Peut-être d'ailleurs est-ce pour cela qu'elle apparaît moins nettement que dans les Etats modernes.

Ne suffit-il pas de repaler que c'est une formule d'Ulpien (D. 1-4-1) reproduite par les Institutes de Justinien

(1). On peut très bien, en effet, concevoir une société vivant sans droits. Il n'y aurait que des forces qui s'opposeraient. Cela a été probablement d'ailleurs la condition primitive de l'homme des cavernes. J. Lubbock : *« L'Homme avant l'Histoire »*. — Chabas : *« Antiquités Historiques »*.

(1-2-6) qui donne la formule classique de la souveraineté
« Quod principi placuit legis habet vigorem » (1).

*
**

La notion de souveraineté est aussi nécessaire en droit positif que la notion de causalité en physique.

Il ne saurait, en effet, y avoir d'ordre positif s'il n'existe pas une volonté capable à un moment donné d'imposer une règle d'organisation.

Elle impose cette règle d'organisation en fixant à chacune les modalités de sa participation à la vie juridique et à la création subjective du droit.

Cette volonté est une, en ce sens que lorsque deux souverainetés sont en présence, ou bien il n'y a pas d'organisation juridique positive (et c'est le cas, par exemple, pour la société interétatique) où l'une s'efface devant l'autre (et ce fut le cas de la féodalité devant la royauté, c'est celui d'un Etat protégé devant l'Etat protecteur) pour constituer un ordre positif juridique.

La souveraineté est un concept juridique et non un concept de fait. C'est la qualité juridique de la volonté capable d'imposer à un moment donné les règles qu'elle a conçues pour l'organisation sociale.

Elle est donc inaliénable, car elle n'appartient pas à celui auquel elle s'applique. Elle est une qualité de celui-ci.

Elle est un concept qui vient pour ainsi dire automatiquement se fixer sur la personne réelle qui est la plus forte.

*
**

La souveraineté est-elle illimitée ? Nous pensons qu'il faut bien préciser la question.

(1). La formule complète est la suivante :

« *Quod principi placuit, legis habet vigorem, ut pote quum lege regia quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et postestatem conferet.* » (Digeste. Livre I. Titre IV. Loi I).

La souveraineté est en effet un concept juridique de qualité et non un concept juridique de contenu.

Elle est la qualité de la personne juridique la plus haute et elle se caractérise par la capacité juridique qui est en soit la capacité maximum, c'est-à-dire le pouvoir de limiter les autres volontés subjectives.

Mais le contenu exact de ce pouvoir ne peut être précisé à l'avance. Il reste une question de fait, un pouvoir de domination ne valant que dans la mesure où il est efficace (1).

Il dépend donc de bien des conditions, réactions des autres volontés, forces dont dispose la volonté dominante, etc..., il n'y a pas en soi et à l'avance de moyen pour le déterminer.

Telle volonté qui apparaît souveraine et constitue un ordre juridique peut, à certain moment, perdre cette souveraineté, si les réactions des autres volontés sont telles qu'elle perd au profit d'une autre personne son pouvoir de domination.

La mesure de la souveraineté est le contenu exact de ce pouvoir de fait.

Il y a là une question d'action et de réaction que le droit ne peut résoudre à l'avance, puisque c'est lui qui dépend, en définitive, de cette solution.

La souveraineté est donc un concept juridique nécessaire à toute organisation de droit positif puisqu'elle est une nécessité sans laquelle cette organisation ne saurait exister.

Le contenu de ce concept ne peut être précisé à l'avance et il importe peu d'ailleurs qu'il puisse l'être. L'important

(1) Op. cit. Le Fur : *Droit International Public*, page 63. « La limite des pouvoirs des gouvernants est une simple question de faits, elle varie suivant la force respective des gouvernants et des gouvernés ; en droit positif, la souveraineté c'est le droit du dernier mot ».

est que dans une législation positive donnée on puisse en fixer la teneur (1).

III

Le droit positif est toujours un phénomène intériorisé à celui de la souveraineté.

Mais la souveraineté change nettement de caractère suivant qu'elle est individualisée ou qu'elle est étatisée.

*
**

On dit de la souveraineté qu'elle est individualisée lorsque la personne réelle qui en est titulaire l'exerce pour son compte propre.

On dit au contraire qu'elle est étatisée lorsqu'elle est censée être exercée dans l'intérêt de ceux à qui elle s'impose.

(1) Si le concept juridique de la souveraineté est nécessaire indépendamment de son contenu ce n'est pas à dire que ce dernier soit négligeable en soi, ni que des progrès ne puissent être réalisés en ce qui le concerne.

L'étendue de la souveraineté tend à se limiter par l'évolution des idées, l'adoucissement des mœurs, etc. Mais juridiquement le concept forme en quelque sorte un absolu car ses limitations ne viennent que par la volonté tacite ou expresse de ceux qui la détiennent et qui sont par conséquent les plus forts.

C'est ce qu'a très bien marqué le philosophe Hoffding : « Tant que le droit ne se distingue pas des coutumes et des mœurs mais y est contenu en étroite liaison avec la morale et la religion, il ne saurait se condenser en formules claires et précises. L'arbitraire et le caprice y tiennent beaucoup trop de place. Aussi est-ce un grand progrès quand le pouvoir dominant la société admet des règles précises comme normes de son intervention. La force se soumet ainsi à une loi supérieure et dès lors elle est susceptible d'être appréciée d'après le degré où elle satisfait à cette loi. On peut lui appliquer une mesure acceptée par elle-même. C'est un grave tournant dans l'histoire des autorités. » (Hoffding : *Morale*, p. 489-490).

L'autorité (c'est-à-dire ici la souveraineté) est en effet dès lors soumise à la critique, et celle-ci ne se borne plus à remarquer si le pouvoir, dans ses interventions particulières se conforme au droit qu'il a lui-même établi, en dénonce les absurdités ou les injustices et réclame les dispositions.

A la suite de Jellinck (1), M. Carré de Malberg a professé qu'il n'y avait organisation juridique positive que lorsqu'il y avait organisation étatique.

La naissance de l'Etat et par suite la naissance du Droit se placent, selon lui, au moment précis où l'Etat se trouve pourvu de sa première constitution.

Quant à la première constitution de l'Etat, elle n'est qu'un fait historique et la doctrine qui prétend, en remontant le cours successif des constitutions, finir par découvrir la source juridique de l'Etat, repose sur une erreur complète (2).

La source de l'Etat c'est du fait : à ce fait se rattache ultérieurement le Droit (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome I, n° 22 à 48, et tome II, n° 441 à 447).

M. Carré de Malberg a, en effet senti la nécessité de la contrainte pour expliquer l'ordre positif juridique, mais il n'a vu la possibilité de cette contrainte qu'à l'intérieur de l'Etat.

Or, il nous paraît que c'est là une véritable erreur et que le savant professeur néglige la moitié de la réalité, en laissant de côté l'organisation positive juridique intérieure à une souveraineté individualisée.

(1) Op. cit. « L'Etat est la seule puissance créatrice de droit proprement dit ; le problème du fondement du droit ne fait qu'un avec le problème du fondement de l'Etat ». Jellinck : *L'Etat moderne et son droit*. Edit. franç., tome I, page 357.

(2) Op. cit. « C'est donc une erreur fondamentale que de vouloir, comme l'ont prétendu certains auteurs, trouver indéfiniment du droit à la source des Etats et de leurs constitutions. M. Duguit, par exemple (*L'Etat*, tome II, pages 51 et 52), soutient que le principal et vrai problème du Droit Public est de rechercher le fondement de la genèse juridique de la constitution primordiale qui a inauguré l'Etat. Mais il se trompe. » Carré de Malberg : *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome I, page 66.



Avant d'être intériorisé dans l'Etat (1) le Droit, en effet, l'a été dans la famille, dans la seigneurie, ou dans la tribu patriarcale.

La famille a été la première forme de l'organisation juridique parce que la souveraineté a d'abord été exercée par les pères de famille au sein de cette dernière.

Cette domination paraît avoir été souvent absolue et l'ordre positif juridique s'identifiait avec la volonté du chef de famille parce que ce dernier était tout à la fois juge, législateur et bourreau (2).

L'organisation juridique positive s'est intériorisée ensuite dans un groupe social plus vaste (seigneurie, tribu patriarcale) lorsque dans l'effet des circonstances historiques, la souveraineté s'est transportée du chef de famille au chef de tribu.

(1) La cité antique, du type de l'urbus Romana ou de la cité athénienne quoique à bien des égards différente de l'Etat moderne est tout de même assimilable à celui-ci au point de vue juridique.

(2) Il faut bien avoir soin de rappeler qu'une domination même absolue n'est pas à elle seule un ordre juridique. Il faut en plus de cette domination, comme nous l'avons montré, une règle posée par elle pour fixer son intervention.

Il ne faut pas oublier dans tous ces développements que les deux conditions du Droit positif sont une règle d'organisation d'abord et ensuite une force pour sanctionner la règle de ce qui conduit fatalement à admettre qu'il ne peut y avoir de droit positif sans le concours ou tout au moins l'approbation tacite des plus forts.

Mais il faut se garder de dire que le pouvoir de domination est à lui seul un ordre juridique. Il n'est qu'un fait. Il ne constitue un ordre juridique que lorsqu'il fixe des règles dont il est maître d'ailleurs d'apprécier la teneur.

Quant aux règles positives consacrées par ce pouvoir, il n'est pas besoin que ce soit lui qui les crée, il peut les trouver toutes faites à l'état de règles habituelles ou de droit créé par des pouvoirs disparus ou institués par d'autres volontés. La volonté ici ne fait que les faire passer sur le plan positif par la sanction.

La seule règle qu'il ne puisse jamais trouver ailleurs qu'en lui-même c'est celle qui fixe les limites de son intervention vis-à-vis des autres volontés et qui constitue la mesure de sa souveraineté.

Mais la caractéristique de ces deux souverainetés, celle du chef de famille et celle du chef de tribu, constitutives d'ordres juridiques restreints, est d'avoir été des souverainetés individualisées.

C'est ainsi que la souveraineté du père de famille était exercée dans un but qui lui était propre (1) et nullement dans l'intérêt de la personne morale constituée par la famille, personne morale qui n'est apparue que bien après, précisément grâce à l'unité réalisée par la souveraineté.

C'est ainsi aussi que la souveraineté du chef de tribu ne s'est exercée à l'origine que dans la mesure où cela était nécessaire pour assurer sa domination de fait.

Comme il n'exerçait son pouvoir juridique de souveraineté que pour les besoins d'une domination personnelle, son activité législative, par exemple, était réduite au minimum.

Il ne l'exerçait que dans la mesure où cela était nécessaire pour assurer un ordre social favorable à son pouvoir, et dans la mesure où il raffermissait celui-ci par une approbation unanime (2).

(1) C'est ainsi par exemple que s'expliquent les premières formes de la propriété qui furent collectives. Au moment où économiquement est apparue la propriété, la domination du père sur les enfants au sein du groupe familial était telle que ceux-ci étant censés travailler et acquies par lui. D'où la réunion sur une même tête, celle du chef de famille, de tous les droits qui auraient pu exister au profit des autres membres.

C'est encore l'Etat du Droit à l'époque de la loi des XII tables. Cet exemple prouve bien que le pouvoir paternel jouait « pro domo sua ».

(2) C'est pourquoi le « pouvoir » se contentait de consacrer les pratiques existant entre les familles ou entre les individus, et en ne les modifiant que dans la mesure nécessaire.

Il ne se soumettait pas ainsi à la pratique sociale, mais en assurant à cette dernière une sanction positive il la constituait en coutume obligatoire. Il le faisait d'autant plus volontiers qu'il s'assurait par là une approbation unanime en consacrant avec une économie précieuse de forces, un système déjà organisé à l'état latent. Comme les fins qu'il poursuivait étaient toutes individuelles, il lui importait peu d'en modifier le contenu dans un but social

**

Le droit ainsi consacré à l'intérieur d'une souveraineté individualisée était un droit forcément étroit. Il l'était d'abord par l'étendue de la souveraineté et ensuite par la teneur même du droit, l'intervention du pouvoir par la sanction du droit ne se faisant que dans les cas graves.

Mais peu à peu l'activité grandissante du pouvoir, conséquence même de la force autoritaire et personnelle qu'il avait, l'obligea à modifier sa constitution.

Le principe d'autorité personnelle et effective tel qu'il existait au début ne fut bientôt plus possible. Le titulaire de la souveraineté ne fut plus à même d'en exercer en personne toutes les attributions et d'en assumer toute l'activité.

La nécessité fit alors surgir la pratique de la délégation, qui eut deux causes étroitement solidaires ; tout d'abord, la multiplicité des fonctions que le groupe social forçait le pouvoir d'assumer, et par ailleurs la formation définitive des collectivités d'abord en cités, puis en nation.

La forme individuelle de souveraineté qui avait en effet rapidement assuré l'unité au sein du groupe social, devait bientôt la pousser à vouloir l'étendre au dehors.

La lutte des pouvoirs entre eux amenèrent par la victoire de l'un d'eux la constitution de collectivités plus grandes où la nécessité même de maintenir l'unité se faisait d'autant plus sentir qu'elle était moins facilement acceptée.

Les cités en lutte et à leur suite les nations en formation amenèrent la subordination de certaines collectivités à d'autres et par conséquent la constitution de collectivités plus vastes où l'autorité personnelle du prince ne pouvait se faire sentir que par des intermédiaires.

A l'intérieur même des cités la complication de la vie sociale exigea une armature juridique plus complète, si bien que le titulaire de la souveraineté fut obligé de déléguer à des fonctionnaires responsables devant lui une par-

tie des attributions qu'il ne pouvait exercer, et tout d'abord naturellement celles qui avaient un caractère technique et non politique.

*
**

Les fonctionnaires qu'il déléguait étaient toujours censés représenter le souverain et il n'y avait de rapports juridiques qu'entre les individus et le pouvoir.

Mais avec la complication de la vie sociale dans toutes les fonctions où le caractère technique se faisait plus particulièrement sentir, le chef s'en remit presque entièrement à ses délégués, si bien que petit à petit, par une réaction naturelle et bien humaine, ces délégués tendirent à se constituer en organes indépendants, c'est-à-dire tirant leurs pouvoirs et leurs droits non du souverain, mais d'eux-mêmes (1).

A l'inverse de cette séparation des fonctions, l'unité politique s'affirmait au sein des collectivités nouvelles et avec elle le sentiment d'une commune destinée, sentiment si vivace au cœur de l'homme vivant en société.

Des intérêts semblables, un passé commun, des habitudes de penser et de vivre identiques se traduisirent par l'éclosion d'une volonté générale et la transformation du groupe en une personne morale réelle due au développement même des consciences individuelles.

La multiplicité des fonctions et l'activité nouvelle qu'elle entraînait, les conquêtes territoriales qui avaient groupé sous une même autorité des collectivités différentes et la délégation des fonctions qui en furent les conséquences donnèrent à cette volonté collective le sentiment que la

(1) Sous l'ancien régime, par exemple, les Parlements tendaient à se dégager petit à petit du principe de justice retenue avec le secret espoir de lui substituer le principe de justice déléguée. On connaît leurs empiètements sur le pouvoir royal (droit de remontrance, enregistrement des édits, arrêtés de règlement). Les abus de ces pratiques amenèrent leur disparition avec la Révolution et furent à l'origine de notre Séparation des Pouvoirs.

souveraineté était un concept juridique caractérisant une activité publique s'exerçant pour le bien général.

L'idée de puissance publique n'est pas autre chose que cela et c'est en conséquence de cette idée que le concept de souveraineté s'est étatisé.

IV

Il faut donc appeler « Etat » l'ensemble des organes et des fonctions techniques chargés d'épuiser et de mettre en œuvre le contenu de la souveraineté à un certain moment de l'histoire des sociétés.

L'Etat, procédé technique, constitue une personne juridique douée d'autonomie et de volonté au sens juridique du mot et par le moyen duquel le souverain peut exercer l'ensemble de son pouvoir de domination.

*
**

Il faut donc reconnaître que l'Etat a été tout d'abord une certaine manière d'être de la souveraineté lorsque celle-ci n'a pu être exercée qu'au moyen d'organes complexes (1).

Nous avons vu que l'exercice de ces rouages complexes avait suscité en contre-partie une réaction du milieu social et qu'il avait conduit au remplacement de la notion de puissance individuelle par celle de puissance publique.

Le développement intellectuel et moral des sociétés n'a plus permis, à partir d'un certain moment, le principe de

(1) Cf. Hanriou : *Droit constitutionnel*, page 286 : « La solution de ce problème est que la première constitution de l'Etat a été fondée juridiquement selon les principes du Droit antérieur à l'Etat ».

domination personnelle sur le groupe mais seulement le principe de domination au nom du bien public (1).

La conséquence fatale de cette idée fut petit à petit le transfert du concept de souveraineté sur la personne morale constituée par la Nation ou la Cité.

(2) Le passage de la souveraineté individuelle à la souveraineté étatisée s'est fait d'une manière insensible. Elle correspond au passage du Gouvernement despotique (ce qui ne veut pas dire essentiellement tyrannique) au gouvernement monarchique.

Montesquieu (et Aristote avant lui d'ailleurs) avait déjà remarqué que le Gouvernement monarchique est celui où un seul gouverne mais par des lois fixes et établies au lieu que dans le gouvernement despotique un seul sans loi et sans règle entraîne tout par sa volonté et par ses caprices (*Esprit des Lois*, livre II, chap. I). Montesquieu a cherché à déterminer la raison de cette différence et il a cru la trouver dans le fait que la monarchie comporte une noblesse. « Elle entre en quelque façon dans l'essence de la monarchie, dont la maxime fondamentale est point de monarque, point de noblesse ; point de noblesse, point de monarque mais on a un despote » (*Esprit des Lois*, livre II, chapitre IV). C'est donc, selon lui, le contrepoids de la noblesse qui oblige le monarque à accepter les lois fondamentales et cela prouve que même dans les pays où le frein de la noblesse n'a pas amené la création d'un contrôle parlementaire permanent, comme en Angleterre, il a amené l'établissement de lois fondamentales.

Nous croyons qu'il faut trouver la raison de cette différence dans le fait que la monarchie est déjà une forme de souveraineté étatisée.

A cet égard on pourrait, croyons-nous, méditer avec quelque profit l'histoire de nos institutions depuis le Moyen Age.

Les capétiens qui n'étaient en 981 pas autre chose que des seigneurs comme les autres : les Seigneurs de l'Ile-de-France, furent les premiers à rêver le rétablissement de l'unité impériale à leur profit. De là la lutte des souverainetés individuelles entre elles pour leur indépendance ou leur suprématie.

Plusieurs siècles de politique suivie devaient faire triompher le rêve capétien. Après bien des incidents dont les plus saillants furent la lutte de la « Maison de France » contre la « Maison de Bourgogne » et la « Maison d'Angleterre », les luttes religieuses, l'unité fut achevée. Mais entre temps le caractère de domination personnelle et de souveraineté individuelle s'était modifié. Il y avait un commencement d'étatisation.

La réaction du milieu social ne s'est pas faite en France par le fait de la Noblesse comme semble le dire Montesquieu. Elle paraît avoir été beaucoup plus celui de la bourgeoisie des villes. Cela d'ailleurs paraît compréhensible car la noblesse avait été écrasée dans sa lutte contre la royauté.

C'est ainsi qu'en 1302 Philippe-le-Bel réunit les premiers Etats-Généraux pour se couvrir dans sa lutte contre le pape Boniface VIII de l'assentiment du pays. Ce furent ces mêmes Etats-Généraux qui votèrent quelques années plus tard l'exclusion des

Seul le groupe national tout entier apparut assez fort et assez puissant pour justifier légitimement une domination sur toutes les autres personnes et leur assurer la force nécessaire à l'abri de laquelle toute société cherche à s'organiser.

L'organisme juridique d'Etat s'est donc constitué dans une personne, douée d'une vie juridique propre et dont les organes ont pour but de mettre en jeu le contenu de la souveraineté dans l'intérêt de la communauté.

*
**

Le concept juridique d'Etat a consisté d'abord à stabiliser la notion de souveraineté dans un certain nombre de règles déterminées par le souverain lui-même pour fixer son pouvoir juridique vis-à-vis des autres volontés.

Nous disons que ces règles ont été déterminées par le souverain lui-même. Nous n'entendons point par là que c'est lui en personne qui en a fixé le contenu, mais seulement que ces règles ne sont devenues obligatoires que lorsque le souverain se les ait appropriées.

Lorsque la souveraineté a passé, à un certain moment de la vie des sociétés sur la tête de la personne morale de la Nation, le concept d'Etat a servi à organiser la représentation de la Nation dans un ordre juridique stable. Cet ordre juridique stable a pris le nom d'ordre constitutionnel.

femmes de la couronne de France et posèrent ainsi l'une des règles fondamentales du royaume, celle de la dévolution de la couronne, qui amena l'annulation du Traité de Troyes en 1420 et celle des testaments de Louis XIII et de Louis XIV. C'est ainsi aussi qu'en 1355 Jean II le Bon réunit à nouveau les Etats-Généraux pour réorganiser les finances et voter les impôts.

A la fin de l'ancien régime la monarchie était à peu près étatisée et il existait des lois fondamentales du royaume : inaliénabilité du domaine public, libertés de l'Eglise gallicane, règle de la dévolution de la couronne, qui avaient pour but d'assurer l'unité, la perpétuité et l'indépendance du royaume.

A côté de ces règles fondamentales s'en trouvaient d'autres qui étaient caractéristiques de la même tendance : droit de remontrance du parlement, droit du grand-chancelier de refuser le sceau à tout édit contraire aux intérêts du pays, droit (devenu théorique) des Etats-Généraux d'organiser les finances...

Souveraineté et constitution sont donc étroitement liées, car le contenu pratique de la souveraineté se mesure à l'organisation des pouvoirs de l'Etat et c'est la constitution qui organise la personne juridique Etat, chargée de mettre en mouvement sur le plan du Droit la souveraineté de fait qui appartient à la Nation.

V

La constitution est l'organisation de la personne juridique Etat en tant que cette dernière est chargée d'exprimer la souveraineté de la Nation.

Marquons tout de suite que l'expression de constitution a pris dans la technique juridique un autre sens très différent.

Il y a en effet l'expression de constitution telle qu'elle est prise dans son acception primitive, expression par laquelle on désigne l'ensemble des règles qui constituent les organes de l'Etat et définissent leurs attributions.

Il y a aussi l'expression plus strictement technique par laquelle on désigne les règles investies, grâce à la forme qu'elles revêtent, d'une supériorité de valeur par rapport aux lois ordinaires, la super-légalité.

Il y a là une distinction classique entre le sens matériel et le sens formel du mot constitution (1).

Mais laissons cette discussion sur laquelle nous reviendrons tout à l'heure et bornons nous à constater que le sens formel du mot constitution est un pur procédé de technique juridique par laquelle la volonté de l'Etat est auto-limitée dans sa création subjective de droit.

(1) Voir en particulier Dupeyroux : *Du système français de révision constitutionnelle* (Revue de Droit public, 1931, pages 435 et suivantes).

Constatons simplement que la volonté subjective de l'Etat forme le fondement même sinon du Droit (1), du moins de l'organisation juridique positive.

Elle est la traduction sur le plan du droit de la volonté intestine de la personne morale réelle formée par la nation. Celle-ci est un substratum de sentiments confus des désirs, de volontés plus ou moins conscientes auxquels la volonté des organes de l'Etat donne une forme précise.

Cette volonté exprimée par les organes est présumée être celle de la nation elle-même par le seul fait que la constitution de l'Etat exprime la souveraineté du groupe sur lui-même (2).

*

Dans sa théorie de l'Etat, M. Carré de Malberg a insisté sur le fondement et la portée purement juridique de la personnalité étatique.

En ce qui concerne la volonté de la personne morale et spécialement de l'Etat il reconnaît qu'au point de vue réel, il n'y a point de volonté étatique, car dans l'ordre des phénomènes positifs, les volontés exprimées au nom de l'Etat sont uniquement des volontés d'individus.

Mais, poursuit-il, du point de vue juridique, il est parfaitement exact de parler de la volonté de l'Etat car en vertu de l'organisation de la nation les volontés énoncées dans

(1) En effet, l'Etat peut très bien consacrer par exemple un état de faits antérieurs et lui donner ainsi une existence légale positive. Il est alors le fondement non pas du contenu de la règle mais de sa valeur positive.

(2) Il est évident que la personne morale de la nation ne constitue la personne juridique de l'Etat que par une volonté d'approbation. M. Hauriou : *Droit Constitutionnel*, page 208, faisait remarquer qu'il ne fallait point s'étonner que le groupe des gouvernés n'ait fait qualité juridique pour contracter mandat et qu'il ait qualité juridique pour gérer l'entreprise et il faisait remarquer que les relations juridiques nées de quasi-contrats comme la gestion d'affaires, ne supposant point d'acte de volonté, naissent au profit et à la charge des incapables (Article 1130 Code civil).

certaines conditions par certains individus ayant à cet effet compétence constitutionnelle, sont érigées en volonté collective de l'Etat.

Juridiquement l'Etat devient un être capable de vouloir, il apparaît comme le sujet de la volonté de la collectivité (1).

Ces affirmations, selon M. Michoud (2) n'expliquent pas pourquoi la volonté des individus devient la volonté du groupe.

Ce dernier semble se séparer de M. Carré de Malberg en ce qu'il ne donne pas à la notion de personnalité juridique, comme le célèbre maître de Strasbourg, une base et une signification essentiellement formelles et ne se refuse pas à faire reposer cette personnalité sur le groupe lui-même considéré in abstratum (3).

**

Nous n'avons pas l'intention de nous mesurer avec les deux maîtres juristes sur le terrain de la doctrine juridique.

Nous rappellerons simplement les affirmations que nous avons cru devoir défendre dans les premières de cette thèse.

La personnalité juridique est un procédé de technique par lequel des volontés réelles participent au commerce juridique.

Derrière la personnalité juridique de l'Etat il faut voir selon le cas la personne réelle du souverain ou la personne

(1) Op. cit. Carré de Malberg : *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome I, page 15.

(2) G. Michoud : *Théorie de la personnalité juridique*, tome I, page 44.

3) Cependant, si M. Carré de Malberg reconnaît que l'Etat doit avant tout son existence au fait qu'il possède une constitution, il reconnaît que « le fait générateur de l'Etat consiste en ceci qu'un groupe national se trouve constitué en une unité collective, en tant qu'à un moment donné, il commence à être pourvu d'organes voulant et agissant pour son compte et à son nom » (Op. cit. *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome I, page 23.

morale de la nation, substratum nécessaire pour porter la vie à l'organisation juridique positive.

La volonté subjective de l'Etat reste donc le fondement de l'organisation juridique positive dans les sociétés modernes.

Le mécanisme en soi par lequel le souverain met en jeu son pouvoir de domination ne varie pas, qu'il s'agisse d'un individu ou d'un Etat.

Ce mécanisme, nous l'avons déjà analysé plus haut, Décrivons-le à nouveau.

Il consiste pour le détenteur de la souveraineté à fixer à chacune des autres volontés réelles, les limites de sa participation au commerce juridique. Il en fixera les limites dans lesquelles elles pourront participer à la création subjective du droit (en leur indiquant les matières où pourront jouer les droits subjectifs) et la limite dans laquelle ils pourront bénéficier du droit objectif créé par lui.

En même temps ; il assume la responsabilité des sanctions au moyen desquelles le droit se trouvera protégé.

Le jeu de ce mécanisme constitue la légalité, c'est-à-dire l'ensemble des règles positives qui régissent le droit.

Ce mécanisme peut d'ailleurs être apprécié à un double point de vue selon que la volonté étatique est libre d'en fixer à chaque instant la teneur ou selon qu'elle se trouve liée juridiquement par sa propre constitution qu'elle est ainsi enfermée dans des limites qu'elle ne peut franchir qu'à de certaines conditions.

Mais ce mécanisme simple exige dans la pratique des techniques compliquées. Essayons de montrer très brièvement comment notre droit positif les a organisées.

CHAPITRE IV

LE MECANISME DE LA LEGALITE DANS LE DROIT POSITIF FRANÇAIS

I

A partir du moment où la société s'est organisée juridiquement, les rapports de droit ont toujours tendu à se substituer aux rapports de fait et le domaine où le droit a pénétré pour régler les rapports humains est allé en grandissant.

Lorsque l'activité totale des individus, à l'intérieur d'une collectivité peut être réglée par des rapports de droit, la puissance de domination organise tout naturellement deux grandes sortes de techniques.

- 1° l'une pour la création des règles sociales ;
- 2° l'autre pour les sanctions.

Ce sont les deux grandes fonctions primitives dont se trouve investi tout souverain : un pouvoir législatif et un pouvoir judiciaire (1).

(1) Historiquement le pouvoir judiciaire a même précédé le pouvoir législatif, car au moment où une souveraineté s'établit, le droit est d'origine purement subjective, c'est-à-dire tient à la volonté des individus ou à leur assentiment à la coutume. Le souverain a eu donc d'abord à appliquer et à sanctionner des droits subjectifs avant de créer et d'appliquer son droit objectif.

Les premières formes d'ailleurs du pouvoir législatif ont été les décisions contentieuses.

A ces deux grandes fonctions vient s'ajouter la fonction administrative dès que la souveraineté s'étatise, fonction dont l'activité est tournée vers tout ce qui est le bien général et naturellement l'application de la loi.

Les trois grandes divisions sont traditionnelles dans le droit positif.

Aristote, dans sa politique (1) avait déjà observé que le pouvoir comprend trois éléments : la volonté délibérante, la magistrature qui exécute et l'administration de la justice.

Locke (2) avait trouvé une division un peu semblable. Pour lui, la puissance publique était l'ensemble de trois pouvoirs : le pouvoir législatif qui comprend l'autorité judiciaire, le pouvoir exécutif et le pouvoir fédératif qui comprend le droit de régler les rapports de l'Etat avec les autres Etats.

Bien d'autres divisions peuvent être envisagées (3). Nous conserverons la division traditionnelle parce que c'est celle qui est la plus généralement adoptée depuis que Montesquieu en a fait la base de son système politique (4).

(1) Aristote : *Politique et Constitution d'Athènes*.

(2) Locke : *Traité du Gouvernement civil*.

(3) C'est ainsi que M. Hauriou qui a construit toute sa théorie de la constitution sur le dogme du pouvoir, propose la division en trois pouvoirs : le pouvoir exécutif, le pouvoir délibérant et le pouvoir de suffrage. *Traité de droit constitutionnel*, page 296 et suivantes.

M. Hauriou insiste sur la différence des fonctions et des pouvoirs, les pouvoirs publics étant les diverses modalités du pouvoir que l'entreprise de l'Etat emploie pour réaliser ses fonctions (page 398).

Pour la définition des fonctions de l'Etat qui présente quelques difficultés. V. Carré de Malberg : *Théorie générale de l'Etat*, tome I, page 259 et suiv. Voir aussi Artur : *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, 1905.

(4) Montesquieu : « Lorsque, dans la même personne ou dans « le même corps de magistrature, la puissance législative est « réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté... il « n'y a point ecore de liberté si la puissance de juger n'est pas « séparée de la puissance législative et de l'exécutive... tout serait

Nos lois constitutionnelles de 1875 ne formulent aucun principe général. Elles se contentent de poser les règles strictement nécessaires au fonctionnement de la République et non pas au fonctionnement de l'Etat.

Aussi ne faut-il s'étonner de n'y trouver, à la différence des constitutions de 1791, de l'an III, de 1848, aucun texte affirmant la séparation des pouvoirs.

Celle-ci est pourtant un des principes fondamentaux de notre droit. Mais elle n'est pas seulement un principe de notre droit public, elle reste, croyons nous, un principe de droit constitutionnel.

Les expressions pouvoir exécutif, pouvoir législatif, se rencontrent dans plusieurs textes : Lois du 17 février 1871, du 31 août 1871, du 20 Novembre 1873 loi constitutionnelle du 20 Novembre 1873, loi constitutionnelle du 25 février 1875, art I, § I.

De plus, tout notre droit politique est construit sur cette idée de la séparation des pouvoirs dans l'Etat, idée qui est dans la tradition révolutionnaire, et dans celle des philosophes qui l'ont inspirée (1).

*
**

Mais les trois pouvoirs traditionnels que nous avons

« perdu si le même homme ou le même corps des principaux ou des nobles ou du peuple exerçaient ces trois pouvoirs. » (*Esprit des Lois*, livre XI, chap. VI).

Et aussi : « La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés (de type mélangé). Mais elle n'est pas toujours dans les gouvernements modérés. Elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir. Mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser... Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. » (*Esprit des Lois*, livre XI, chap. IV).

(1) Montesquieu, Les Encyclopédistes et les Philosophes anglais.

énumérés ont-ils tous trois dans notre droit positif le caractère constitutionnel ?

Nous pensons pour notre part que ce caractère doit être refusé au pouvoir judiciaire qui apparaît dans notre Droit positif comme une sorte d'administration spécialisée à large autonomie au sein du pouvoir constitutionnel exécutif.

Nos lois constitutionnelles de 1875 n'ont trait en effet qu'à notre organisation politique et ne visent que le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

Il n'y a jamais été fait allusion au pouvoir judiciaire si ce n'est pour la procédure à suivre devant la Haute-Cour.

Il paraît inutile de nier que le statut de la magistrature judiciaire ne soit dans notre droit positif un simple statut légal et non pas un statut constitutionnel.

C'est ainsi que la garantie de l'inamovibilité des juges n'est organisée que par une loi, la loi du 30 août 1883.

D'après la loi du 30 août 1883, art. 13 et suivants, c'est la Cour de Cassation, toutes chambres réunies, qui prononce la révocation, pour cause disciplinaire, des juges judiciaires, après une procédure calquée sur la procédure judiciaire, c'est-à-dire après débat contradictoire mais à huis clos (1).

Cette garantie n'est pas d'une nature différente de celle

(1) La Cour de Cassation est saisie par le Ministre de la Justice d'une proposition de destitution du juge, avec exposé des motifs. Le juge est entendu dans ses moyens de défense ou dûment appelé à les fournir. La Cour de Cassation statue comme conseil supérieur de la magistrature. Elle ne donne pas un avis, elle prononce elle-même la destitution.

Contre cette décision il n'y a aucun recours possible.

Si la destitution définitive est demandée pour infractions graves ou permanentes mettant le juge hors d'état d'exercer ses fonctions, il y a mise à la retraite d'office. Dans ce cas, c'est le président de la République qui prononce, sur l'avis conforme du premier président de la Cour de Cassation et de six membres élus par cette Cour chaque année à la rentrée en audience solennelle.

Contre ce décret du président de la République, il y a, à notre

organisée en faveur des officiers des armées de terre ou de mer (1) ou des professeurs titulaires de l'enseignement supérieur (2).

D'autre part l'avancement au sein du corps judiciaire se fait par décision administrative. Il n'y a pas à ce sujet autonomie du pouvoir judiciaire par un système de cooptation quelconque. Les tableaux d'avancement ont même été très longs à s'introduire. Ils n'ont été définitivement établis qu'à partir de la loi du 17 avril 1906 (3).

avis, recours juridictionnel possible devant le Conseil d'Etat (cf. Jèze : *Droit public*, page 227).

Cette procédure de garantie s'applique aux premiers présidents, présidents de chambre, conseillers à la Cour de Cassation et aux Cours d'Appel, présidents, vice-présidents, juges, juges suppléants des tribunaux de première instance et de paix.

(1). C'est la loi du 19 mai 1834 qui organise au profit des officiers de carrière une procédure pour garantir la propriété de leur grade. La perte du grade n'est et ne peut être prononcée que dans les cas prévus par la loi : perte de la qualité de français prononcée par jugement, condamnation à certaines peines prononcées aussi par jugement.

La perte de l'emploi ne peut être prononcée qu'après avis d'une commission d'enquête composée d'officiers. L'avis de cette commission d'enquête ne lie pas le président de la République, mais celui-ci ne peut pas prononcer une peine supérieure à celle proposée par cette commission.

(2). Pour assurer l'indépendance scientifique des professeurs titulaires des Facultés, la loi du 27 février 1880, article 7, modifiée par la loi du 10 juillet 1896, art. 3, organise une procédure de désinvestiture de la fonction.

C'est le Conseil de l'Université qui, sur la plainte du Ministre de l'Instruction publique ou du Recteur, prononce lui-même la révocation. Un recours peut être porté en appel devant le Conseil supérieur de l'Instruction publique : la décision doit être prise à la majorité des deux tiers.

Un recours en cassation peut être formé devant le Conseil d'Etat.

(3). C'est ainsi d'ailleurs que le décret du 18 août 1906 (décret Sarrien) fut violemment attaqué au Parlement. On accusa le Ministre de la Justice de « livrer ainsi le droit essentiel et éminent du Garde des Sceaux sur le choix des magistrats ».

Depuis la nécessité de cette réforme s'est faite, si l'on peut dire, encore plus sentir. Dans un projet déposé dernièrement sur le Bureau de la Chambre, M. Chéron, Garde des Sceaux, propose d'introduire pour l'avancement des Magistrats un système de cooptation analogue à celui adopté pour les chaires de l'enseignement supérieur. Le Garde des Sceaux pourrait choisir, pour

Or, il n'est pas possible à un pouvoir d'être indépendant et séparé s'il dépend pour sa constitution intérieure d'un autre pouvoir.

Le fait d'ailleurs que le pouvoir judiciaire statue d'après le principe de justice déléguée et non pas d'après le principe de justice retenue, et le fait qu'il rend ses décisions au nom du peuple français ne prouve nullement qu'il constitue un pouvoir constitutionnel distinct.

Il participe à la souveraineté dans la mesure où tout organe de l'Etat y participe.

Le Conseil d'Etat depuis la loi du 24 mai 1872 est investi d'un pouvoir de justice déléguée (1). Il ne viendra pourtant à l'idée de personne d'admettre qu'il forme un pouvoir indépendant dans l'Etat.

chaque poste, sur une liste de trois membres établie par une commission de magistrats.

Il est évident que, logiquement, si le pouvoir judiciaire est un véritable pouvoir indépendant (nous en doutons par ailleurs) il doit être à même de régler lui-même son avancement.

(2). Jusqu'à la loi du 24 mai 1872, toutes les décisions du Conseil d'Etat en matière contentieuse étaient prises sous la signature du Chef de l'Etat. C'étaient des décrets pris en Conseil d'Etat.

Depuis la loi du 24 mai 1872, le Conseil d'Etat a un pouvoir propre en matière contentieuse. Ses décisions sont signées du Vice-Président du Conseil d'Etat et le Ministre de la Justice n'a pas accès aux délibérations des sections de contentieux.

Il subsiste très peu de matière de justice retenue dans le contentieux administratif. Depuis l'arrêt Lloyd de Trieste, Conseil d'Etat, 11 mars 1924, Lebon, page 305, le Contentieux des prises maritimes est devenu lui-même un contentieux de justice déléguée.

Il subsiste malgré tout une justice administrative retenue, dite « de recours administratif », citons : 1° Les recours relatifs au privilège de la Banque de France ; 2° Les recours des préfets tendant à l'annulation des délibérations des Conseils généraux en vertu des articles 32 à 47 de la loi du 5 avril 1871 ; 3° Les recours formés en vertu de l'article 13 de la loi du 21 juin 1865 contre les arrêtés des préfets qui créeraient des associations syndicales autorisées en dehors des cas prévus par la loi ; 4° Les recours formés contre les décisions du Conseil de préfecture en matière d'autorisation de plaider.

Tous ces recours tendent d'ailleurs vers le recours contentieux proprement dit. La marche de la justice retenue vers la justice déléguée est un des phénomènes les plus certains et les plus caractéristiques de la science du Droit. Voir à ce sujet Hauriou : *Droit administratif*, page 965, II^e édition.



Nous ne croyons pas non plus qu'il faille tirer argument du fait que le principe de la séparation des pouvoirs interdit aux juges de connaître les actes de l'Administration

L'interdiction aux juges de connaître les actes de l'Administration était bien un principe constitutionnel en 1791 et sous l'An III (1), mais ces constitutions ne sont plus en vigueur.

La loi du 24 avril 1872 a bien repris implicitement le principe puisqu'elle a organisé le Tribunal des conflits, mais en même temps elle a donné croyons-nous au principe de la séparation des juges judiciaires et des administrations actives sa véritable portée en faisant de lui un principe légal et non constitutionnel.

Il ne s'agit pas en l'espèce d'une véritable séparation constitutionnelle des pouvoirs mais d'une séparation légale des fonctions au sein d'un même pouvoir.

Depuis que le Conseil d'Etat statue au contentieux d'après le principe de justice déléguée, il est difficile de le reconnaître, à notre avis, d'une autre essence juridique que la cour de Cassation.

Les Conseillers d'Etat, dira-t-on, ne sont par de véritables magistrats car ils ne sont pas inamovibles. C'est là une pure question de terminologie.

Le principe de l'inamovibilité des juges n'implique pas qu'un juge indigne ne puisse être révoqué. Tout se ramène donc en définitive à une question de procédure.

Pour la magistrature judiciaire, c'est la procédure insti-

(1) 1° « Les tribunaux.... ne peuvent entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. » (Const. 3 sept. 1791, art. 3).

2° « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient » (L. du 16 Fructidor, An III).

tuée par la loi du 30 août 1883. Pour les conseillers d'Etat c'est un décret pris en Conseil des Ministres.

En fait la seconde procédure est tout aussi protectrice que la première (A). Mais à supposer pourtant qu'en droit elle le soit moins, à tout prendre, il n'y aurait là qu'une simple différence de degré et non de nature. (1).

On doit donc, selon nous, interpréter la loi du 24 avril 1872 en disant que l'administration de la justice en France se répartit en un double contentieux, tous deux basés sur le même principe de justice déléguée, mais dont l'un ressort à la censure suprême de la Cour de Cassation et l'autre à celle du Conseil d'Etat.

La division entre les deux correspond à des nécessités de pratique technique et le principe de cette séparation n'est qu'un principe légal sur lequel veille le Tribunal des conflits.

Il s'agit en fait beaucoup plus d'une survivance historique qui s'est maintenue pour des raisons pratiques et techniques (1 et 2).

(A) C'est de plus une garantie constitutionnelle prévue par l'article 4 de la loi du 25 Février 1875.

(1) Il faut laisser de côté l'argument de fait qui consiste à dire que les Conseillers d'Etat font aussi de l'Administration active ; c'est justement parce qu'ils connaissent la pratique administrative que le contentieux de ces affaires leur a été réservé.

D'ailleurs, la magistrature comprend des magistrats qui ont été préfets, professeurs, chefs de cabinet et qui ont fait de l'administration active. Personne ne songe à leur refuser le titre de magistrat.

(2). Il est évident qu'avec le principe de la justice retenue appliquée autrefois au sein du Conseil d'Etat la question se posait tout différemment.

A l'heure actuelle il n'y aurait aucun inconvénient logique et aucun empêchement juridique à placer l'administration de la justice sous le contrôle d'un corps unique. Il n'y aurait même que des avantages à ce sujet.

La séparation des deux compétences qui se fait, en effet, d'après un principe facile : à l'une les litiges du droit public, à l'autre ceux du droit privé, pose dans la pratique des questions fort délicates et très complexes qu'il est souvent difficile de résoudre d'une manière convenable.

La jurisprudence à nouveau incertaine depuis quelques années,

III

Notre ordre constitutionnel s'il est basé sur la séparation des pouvoirs ne comporte donc que deux des trois pouvoirs traditionnels que les philosophes reconnaissent dans l'Etat : l'exécutif et le législatif.

Il faut d'ailleurs reconnaître que du point de vue de la logique, c'est lui qui a raison. La division des trois pouvoirs est beaucoup plus une technique pour l'organisation de la liberté qu'une nécessité pour l'esprit.

Chacun de ces deux pouvoirs est censé exprimer la souveraineté tout entière.

du Tribunal des conflits (arrêt Mélinette - D-1931-3-321 ; arrêt Aubry - D-1933-3-1) ne facilite pas d'ailleurs la tâche.

Il y a bien un projet Marin pour la création d'une chambre administrative à la Cour de Cassation, mais il ne semble pas devoir aboutir.

Par ailleurs, malgré ses inconvénients pratiques, il faut reconnaître que le système, par le développement qu'il a permis de la jurisprudence du Conseil d'Etat, a valu à la science du droit public des progrès assez remarquables.

(2) A tous ces arguments, qu'on nous permette d'en ajouter un autre tiré du célèbre arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 30 novembre 1923 (Lebon, page 789) qui pose la question du pouvoir de l'administration vis-à-vis des jugements et arrêts rendus par les Tribunaux de l'ordre judiciaire.

Sans vouloir entrer dans les détails de cette affaire, on peut la résumer dans les faits suivants : Un particulier bénéficiaire d'un jugement passé en force de chose jugée réclame, en vertu de la formule exécutoire, l'appui de l'administration pour la faire appliquer. Celle-ci pour des raisons d'opportunité (il s'agissait de l'expulsion d'indigènes en Tunisie) et de politique refuse. Le Conseil d'Etat a résolu la question en accordant des dommages-intérêts au bénéficiaire du jugement.

Mais ce qu'il y a d'intéressant dans cet arrêt c'est que le Conseil d'Etat n'a pas reconnu une faute du service, mais au contraire a fait l'application à l'espèce de l'idée du risque social.

Il a donc bien marqué par là que l'Administration de la justice judiciaire n'est pas un pouvoir constitutionnel séparé (auquel cas il aurait dû reconnaître automatiquement une faute de service à la charge de l'administration pour n'avoir pas prêté main-forte)

L'Etat est en effet une personne juridique, c'est-à-dire du point de vue du Droit une unité organique (A).

Même lorsque l'Etat accomplit les actes de gestion nécessaires à sa vie propre et à celle de ses organes, on ne peut abstraire la souveraineté (la puissance publique) qui est en lui.

Dans notre droit positif par exemple les contrats administratifs ressortissent à un contentieux spécial et ont les règles propres. Les droits du domaine public diffèrent de ceux de la propriété privée.

Mais, si chacun de ces deux pouvoirs exerce pour son compte et en totalité la souveraineté dont est investi l'Etat il faut admettre avec M. Hanriou (*Droit constitutionnel*, page 407) que l'on retrouve dans tous les pouvoirs publics la même souveraineté de l'Etat mais se manifestant par des opérations de volonté différentes et que, par conséquent, il y a séparation des pouvoirs se combinant avec la hiérarchie (1).

M. HAURIOU, qui a construit tout son système juridique sur le dogme du pouvoir, propose la prédominance du pouvoir exécutif, selon lui, seule conforme à l'ordre.

Il nous paraît que l'éminent professeur a eu surtout en

dont les décisions dussent s'imposer automatiquement, mais était au contraire une fonction à large autonomie au sein du pouvoir exécutif et que celui-ci pouvait dans certains cas avoir un droit de regard et d'appréciation valable dans l'exécution de ces décisions.

Il reste évidemment qu'il n'est pas souhaitable de voir se répandre une pratique qui ferait dans chaque cas l'Administration juge de l'opportunité des arrêts et lui donnerait le choix entre l'exécution de ceux-ci, qui est une obligation légale, ou l'octroi de dommages-intérêts.

(A) Les pouvoirs constitués n'ont pas en effet la personnalité juridique.

(1) M. Carré de Malberg admettrait volontiers que les pouvoirs publics pussent être considérés comme étant le même pouvoir à des degrés différents de puissance formelle et qu'il y eût, entre ces divers degrés d'énergie du pouvoir étatique, une gradation ou une hiérarchie analogue à celle qui existe dans la hiérarchie administrative entre les pouvoirs des détenteurs superposés de la puissance étatique (*Op. cit. Théorie générale de l'Etat*, tome II, pages 112 et suivantes).

vue le côté politique de la question. Que de ce dernier point de vue la prédominance doive rester au pouvoir exécutif c'est possible, encore que ce soit là une de ces questions dont on puisse discuter avec passion sans jamais se convaincre.

Mais c'est le point de vue juridique qu'il faut examiner et dans ce dernier domaine il apparaît incontestable que la première place revient au pouvoir législatif.

*
**

Sans vouloir examiner le point de vue politique, il faut reconnaître que la primauté du pouvoir législatif s'impose d'abord comme une règle de l'esprit.

Avant d'appliquer des règles, il faut les poser.

Cette solution logique est consacrée dans notre droit positif au double point de vue de l'organisation des pouvoirs et des principes qui les meuvent.

IV

Le pouvoir législatif est en effet exercé par deux assemblées : Sénat et Chambre des députés en vertu de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (1).

La composition, l'élection, le mode de scrutin de ces deux chambres sont fixés par la loi. Le pouvoir législatif se trouve donc être son propre maître.

(1) La constitution ne pose que le principe de l'existence des deux chambres. Elle a laissé à la loi le soin de régler la composition, le mode de scrutin et le mode d'élection de ces deux assemblées.

Toutefois, jusqu'à la loi du 9 décembre 1884, la composition et le mode d'élection du Sénat étaient réglés par la Constitution.

A l'heure actuelle, le seul principe constitutionnel qui subsiste en cette matière est que l'une des deux chambres : la Chambre des Députés, doit être élue par le suffrage universel.

Le pouvoir exécutif n'intervient ni dans le règlement intérieur des Chambres dont on connaît l'importance pratique (1), ni même dans la protection effective puisque la loi du 22 juillet 1879 a donné aux Présidents des deux Chambres le droit de requérir directement la force armée et l'intervention de toutes les autorités dont ils jugeraient le concours nécessaire pour assurer la sécurité intérieure et extérieure de l'assemblée.

Il est vrai qu'on a soutenu, non sans fondement peut-être, que la loi du 22 juillet 1879 en donnant aux présidents des deux Chambres le droit de requérir la force armée serait inconstitutionnelle car elle violerait l'article 3 de la loi du 25 février 1875 qui attribue au Président de la République la disposition de la force armée.

Qu'arriverait-il en effet dans le cas de conflit entre le chef

(1) Les règlements intérieurs sont visés par la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 comme chose existant de plein droit : Ils ont une importance considérable et, à ceux qui pensent qu'une auto-limitation subjective n'a pas une valeur juridique positive, il suffit de rappeler qu'on obtient peut-être plus pour le travail parlementaire d'un bon règlement intérieur que d'une revision constitutionnelle.

Bien entendu les règlements intérieurs des assemblées ne sont pas susceptibles d'être interprétés par l'autorité administrative et ne sont susceptibles d'aucun recours.

Le Conseil d'État a déjà été plusieurs fois saisi de recours pour excès de pouvoir contre des délibérations de conseils généraux ou municipaux prises en violation des dispositions du règlement intérieur de l'Assemblée. Il a toujours refusé de les annuler pour violation de la légalité (Affaire Turmel, 2 février 1914, Lebon, page).

A plus forte raison s'il s'agit de délibérations parlementaires, nul tribunal ne pourrait se refuser à appliquer la loi sous prétexte que son vote a été acquis contrairement au règlement intérieur.

Quant aux décisions particulières prises à l'égard des membres des assemblées en vertu du règlement intérieur, elles ne sont susceptibles — elles non plus — d'aucun recours. C'est ainsi que le règlement de la Chambre des députés prévoit des peines disciplinaires pouvant aller dans certains cas jusqu'à l'internement qui ne peut excéder trois jours (article 66) et que la censure simple ou avec exclusion temporaire comporte de plein droit privation de la moitié de l'indemnité parlementaire et des frais (article 66). C'est à ce sujet que des décisions de justice ont été rendues déclarant non recevables les recours de députés. (Cass. 30 janvier 1882. S 83-1-111).

de l'Etat et les présidents des deux chambres si les troupes recevaient un ordre du gouvernement et une réquisition des présidents ?

Quoi qu'il en soit, la liberté du pouvoir législatif semble grande et elle est assurée encore par la garantie constitutionnelle de l'immunité parlementaire (1).

*
**

Les modes d'action du pouvoir exécutif au regard du pouvoir législatif paraissent minces.

En fait il se résument surtout à l'ascendant moral du président du Conseil et des Ministres sur l'assemblée et au droit par eux de prendre part aux délibérations (2).

En droit pourtant il comporte deux autres modes d'action qui sont pratiquement tombés en désuétude : celui de demander une seconde délibération lorsqu'une loi votée paraît contraire aux intérêts du pays (article 7 de la loi du 16 juillet 1875) et celui d'ajourner les Chambres sans que cet ajournement puisse excéder le terme d'un mois, ni avoir lieu plus de deux fois dans la même session (article 2 de la même loi).

Quant au droit de dissolution prévu par l'article 5 de la loi du 25 février 1875, et qui lui aussi est tombé en désuétude, on ne peut, à proprement parler, y voir une action du pouvoir exécutif sur le pouvoir législatif puisqu'il ne peut être exercé que sur l'avis conforme du Sénat, qui est un

(1) « Aucun membre de l'une ou l'autre chambre ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ou arrêté, en matière criminelle ou correctionnelle, qu'avec l'autorisation de la Chambre dont il fait partie, sauf le cas de flagrant délit. La détention ou la poursuite d'un membre de l'une ou de l'autre Chambre est suspendue, pendant la session et pendant toute sa durée, si la Chambre le requiert. » (Art. 14 de la loi du 16 juillet 1875).

Cette immunité ne s'applique qu'aux membres du Parlement. Les ministres n'en profitent donc que s'ils sont en même temps membres du Parlement.

(2) Il est vrai que cet ascendant peut être considérable ; mais s'il a une valeur politique, il n'a pas une valeur juridique.

organe législatif, et à l'encontre seulement de la chambre des Députés.

Il est surtout une méthode pour la solution des conflits politiques.



Au contraire, de cette influence médiocre du pouvoir exécutif sur le pouvoir législatif, ce dernier a des moyens d'action énergiques sur le pouvoir exécutif.

Nous ne parlerons pas ici de l'influence parlementaire politique, si importante qu'elle soit en fait, qui met pratiquement l'administration tout entière sous le contrôle du pouvoir législatif.

Nous n'examinerons très rapidement que les moyens juridiques.

Cette influence s'exerce de quatre manières différentes : par le choix des titulaires du pouvoir exécutif, par la responsabilité ministérielle, par le vote du budget et enfin par les commissions d'enquête.

1° Le pouvoir exécutif est représenté par un président de la République assisté par des Ministres (1).

Le président est élu à la majorité absolue par les deux Chambres réunies en assemblée nationale à Versailles. Il est nommé pour 7 ans et rééligible (article 2 de la loi du 25 février 1875).

Quant aux ministres, ils sont pris dans la majorité parlementaire. Ceci n'est pas une règle constitutionnelle, mais une pratique traditionnelle régulièrement suivie et sans laquelle d'ailleurs le régime ne saurait jouer normalement.

Les titulaires du pouvoir exécutif sont donc soit choisis par le pouvoir législatif soit pris au sein de ce pouvoir.

(1) Le pouvoir exécutif n'est nommé que le second dans la Constitution. L'article 1^{er} de la loi du 25 février 1875 parle d'abord du pouvoir législatif, l'article 2 de cette même loi parle ensuite du pouvoir exécutif.

Certes, le Président de la République est irresponsable pour tous ses actes (1), sauf le cas de haute trahison. Mais tous ses actes doivent être contresignés par les Ministres qui en sont responsables devant les deux Chambres, lesquelles ont un droit égal à ce sujet (2).

2° Cette responsabilité est très importante en pratique, car c'est par elle que s'exerce le plus sûrement l'influence du législatif sur l'exécutif, influence qui peut aller jusqu'à la tyrannie. Elle est mise en jeu par les questions orales (Règlement de la Chambre des Députés, art. 120), les questions écrites (règlement Chambre des Députés, art. 120) et surtout les interpellations (règlement de la Chambre des Députés, art. 111 et suivants) et les motions (3).

(1). La règle de l'irresponsabilité du Président de la République est-elle une simple règle de responsabilité politique ou une règle d'irresponsabilité juridique complète ?

Quoique la question n'ait pas une grande importance pratique, nous pensons qu'il s'agit ici d'une irresponsabilité juridique complète qui se traduit par cette conséquence que le Chef de l'Etat ne peut être cité devant aucune juridiction ni pénale ni civile. Ceci est d'ailleurs une règle traditionnelle et elle est passée en droit international public.

Cette irresponsabilité juridique est-elle simplement fonctionnelle, ou est-elle personnelle ? Autrement dit, après l'expiration de son mandat, le Président de la République peut-il être cité devant un tribunal pour un acte accompli par lui pendant sa présidence ? La loi constitutionnelle ne distinguant pas, la généralité des termes impose la solution négative.

(2). C'est un problème discuté que celui de savoir si la question de confiance doit être engagée seulement devant la Chambre des députés ou si elle peut l'être devant le Sénat (cf. Duguit : *Le Sénat et la responsabilité politique du Ministère*. — Revue de Droit public, tome V, pages 431 et suivantes ; Esmein et Nèzard, 7^e édition, tome II, pages 234 et suivantes ; Hanriou : *Droit constitutionnel*, page 420).

Selon M. Esmein, un Sénat indissoluble qui pourrait renverser les Ministères serait maître du gouvernement. Cela serait contraire au principe de l'équilibre parlementaire.

Une telle interprétation paraît une erreur devant les termes formels de l'article 6 de la loi du 25 février 1875 : « Les ministres sont responsables devant les Chambres ». Au reste, depuis la chute du Cabinet Herriot, en 1925, et du Cabinet Tardieu, en 1930, la question est résolue et n'a plus grand intérêt pratique.

(3). Les questions orales peuvent être adressées à un ministre au commencement ou à la fin des séances après acceptation préalable de celui-ci. Il n'y a point de débat général ni de vote (article 120 du Règlement).

3° Les pouvoirs budgétaires du Parlement (1) sont aussi un des plus puissants moyens de contrôle et d'action qu'il possède vis-à-vis du pouvoir exécutif.

Le gouvernement ne s'obtient qu'à prix d'argent. Toute mesure gouvernementale entraîne une dépense dans un article du budget et pour laquelle un crédit doit être ouvert par le Parlement.

Alors même que le pouvoir exécutif pourrait décider seul la mesure gouvernementale il ne peut s'ouvrir à lui-même un crédit, si ce n'est dans des hypothèses très exceptionnelles (2).

4° Quant aux Commissions d'enquête, ce sont des commissions composées de membres de l'Assemblée, chargées de renseigner le Parlement sur une affaire.

Elles ont un mandat déterminé et peuvent avoir lieu sur

Les questions écrites sont remises au Président de la Chambre. Dans les huit jours de leur dépôt, elles doivent être imprimées, avec la réponse faite par le ministre, au *Journal Officiel* (article 120).

Les interpellations sont le moyen normal de mettre en jeu la responsabilité ministérielle. Toute demande d'interpellation est adressée au Président qui en donne lecture à l'assemblée. Celle-ci, après avoir entendu un des membres du Gouvernement, fixe son débat sur le fond, le jour où l'interpellation sera faite (article 111). Aucune interpellation ne peut être jointe à la discussion du budget. Les interpellations sur la politique intérieure ne peuvent être renvoyées à plus d'un mois. Celles sur la politique extérieure peuvent être renvoyées *sine die*.

La sanction de l'interpellation est l'ordre du jour. L'ordre du jour pur et simple a toujours la priorité.

(1) Il n'est pas inutile de rappeler qu'historiquement l'institution parlementaire est née du principe que l'impôt devait être consenti. Les pouvoirs des Parlements sont d'origine financière.

(2) Il peut le faire dans l'intervalle des sessions, en cas de clôture régulière de celles-ci. En ce cas, des crédits additionnels peuvent être ouverts par décret, délibérés en Conseil des Ministres et soumis au Conseil d'Etat. Ces décrets doivent indiquer les voies et moyens et être soumis à la ratification du Parlement dans la quinzaine qui suit la prochaine réunion de celui-ci.

En aucun cas, le pouvoir exécutif ne peut ouvrir par décret les crédits additionnels, quelle que soit l'urgence, lorsque la session parlementaire a été interrompue par une prorogation des Chambres ou une dissolution de la Chambre des députés (Loi du 14 Décembre 1879).

toutes les questions intéressant le pays : question d'ordre général ou affaire spéciale (1).

Toutes ces pratiques mettent bien en évidence l'influence prépondérante dans notre régime constitutionnel du pouvoir législatif.

V

Mais à côté de cette organisation des pouvoirs constitutionnels, basée sur la prédominance du pouvoir législatif et dont au point de vue politique on peut dire que peut-être elle n'est pas très satisfaisante (2), il faut reconnaître à la volonté de l'Etat s'exprimant par le pouvoir législatif, une valeur supérieure à la volonté de l'Etat s'exprimant par le pouvoir exécutif.

Le pouvoir exécutif ne tient pas son pouvoir de la loi. Il le tient directement de la Constitution (3). Mais il lui reste subordonné parce qu'aux termes même de cette constitution, il en surveille l'exécution (art. 3 de la loi du 25 février 1873).

La conséquence juridique c'est que le pouvoir réglementaire de l'exécutif sera subordonné à la loi en ce sens qu'il ne pourra servir qu'à assurer l'exécution des lois.

La valeur juridique de ce pouvoir réglementaire reste la même que celle de la loi.

Laband (Droit public de l'Empire allemand, tome II, pag. 260 et suiv. faisait remarquer que le décret ne pouvait

(1). La loi du 23 Mars 1914 règle à l'avance la procédure à suivre pour que l'enquête prenne la forme judiciaire. Elle ne s'applique dans chaque cas déterminé qu'en vertu d'une décision spéciale de l'assemblée.

(2). V. Joseph Barthelemy. *Du rôle du pouvoir exécutif dans la République Moderne*.

(3). Sur l'Histoire Constitutionnelle du pouvoir réglementaire. Voir Esmain, 6^e éd., pages 675 et suiv.

consacrer des droits subjectifs, que ce privilège était réservé à la loi.

M. Hauriou (*Droit administratif*, 11^e édit., page 460) a fait observer que c'était là une véritable erreur et qu'un règlement peut consacrer des droits subjectifs par exemple en organisant le statut d'un corps de fonctionnaire, leur reconnaître certains droits.

Il faut reconnaître que la tradition de notre droit était de considérer le pouvoir réglementaire comme d'une portée aussi générale que le pouvoir légal.

Mais comme assurer l'exécution des lois c'est faire essentiellement la police préventive, on aura un pouvoir exécutif chargé de la police administrative et gouvernementale sous la seule restriction que les règlements seront astreints à assurer l'exécution des lois (1).

Il a tendu de plus en plus à se cantonner dans un certain domaine, celui où il existe des organisations publiques à créer et où d'ailleurs ces organisations avec la situation juridique qu'elle entraîne ont des chances d'être provisoires.

Telle est l'organisation des services publics nouveaux dans la métropole et tel est à peu près tout le régime publié dans les colonies.

Telles sont encore les matières de police où il s'agit de parer rapidement aux dangers sans cesse renouvelés qui menacent l'ordre public (2).

*
**

La subordination du règlement à la loi est assurée dans notre droit positif par deux moyens distincts :

(1) Telle est l'interprétation donnée de l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 par le Conseil d'Etat dans l'affaire Heyries du 28 juin 1918 (S. 22-3-41 et la note Hauriou).

(2). Hauriou. *Droit administratif*, pages 460 et suiv. II^e édit.

1° La déclaration d'illégalité prononcée par le juge saisi d'un procès dans lequel est invoqué un règlement.

2° L'annulation du règlement par le Conseil d'Etat sur recours pour excès de pouvoir.

*
**

Il faut reconnaître en effet au juge le droit de refuser d'appliquer un règlement illégal, à raison même de la supériorité de la loi. Cette solution évidente est consacrée par l'article 471 n° 15 du Code pénal (1).

Mais la difficulté qui existe à cet égard dans notre droit positif, vient du principe de la séparation des pouvoirs.

Lorsque c'est le juge administratif qui est saisi du procès, le Conseil d'Etat prononce lui-même l'illégalité d'un règlement dont il est saisi à propos d'un procès (2).

Mais si le juge saisi est un juge de l'ordre judiciaire, le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose-t-il à ce que le juge puisse déclarer un règlement illégal.

La question est résolue en ce qui concerne les règlements de police par l'article 471 du Code pénal (3).

Mais en ce qui concerne les autres règlements, la question de l'appréciation de leur validité, comme aussi celle

(1). Article 476 n° 15 du Code pénal : « Seront punis d'amende « ceux qui auront contrevenus aux règlements légalement faits par « l'autorité administrative. »

(2). Lorsque, par un recours contentieux de pleine juridiction un litige est porté devant le Conseil d'Etat, concernant l'exécution de décisions exécutoires, à l'occasion de ce litige de pleine juridiction la nullité de la décision exécutoire peut être demandée. (Cons. Etat, 31 mars 1911, Blanc, Arguing et Bezie. S - 12-3-129).

S'il s'agit d'un juge administratif autre que le Conseil d'Etat, et si la validité d'un acte de l'administration est contestée, il existe un recours en appréciation de validité de l'acte, qui est recevable pendant 30 ans et qui est porté devant le Conseil d'Etat.

(3). Ce qui prouve bien que l'interdiction pour les juges de connaître les actes de l'administration est bien en principe légal et non en principe constitutionnel, car sans cela il faudrait dire que l'article 471 n° 15 du Code pénal est inconstitutionnel.

de leur interprétation par l'autorité judiciaire, a longtemps divisé la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative.

L'arrêt du Tribunal des Conflits Septfonds (16 juin 1923, Lebon, page 498) est venu établir en la matière une cote mal taillée en abandonnant aux tribunaux judiciaires l'interprétation du sens des règlements douteux, mais en refusant de leur abandonner l'appréciation de légalité (1).

✱

La procédure normale qui assure la subordination du règlement à la loi est le recours pour excès de pouvoir. Ce recours qui est un véritable procès fait à l'acte (l'auteur de cet acte n'est pas partie au procès) a subi une évolution tout à fait remarquable.

A ses débuts il n'était prévu par la loi du 14 octobre 1790 que par incompétence. Mais le Conseil d'Etat ne tarda pas à s'apercevoir que la notion d'excès de pouvoir ainsi introduite par le cas particulier d'incompétence, était susceptible de s'étendre à d'autres hypothèses, notamment celle de violation des formes (Conseil d'Etat, 28 mars 1807, Dupuy-Briaci).

Ce n'est qu'après le décret du 2 novembre 1864, qui a dispensé le recours pour excès de pouvoir du ministère d'avocat et de tous frais autres que ceux de timbre, qu'apparaissent les deux autres ouvertures : le détournement de pouvoir et la violation de la loi.

Cette dernière ouverture a son origine dans le recours en annulation fondé sur la violation d'un droit.

(1). A établir une cote mal taillée, il eut paru plus logique de l'établir en sens inverse, c'est-à-dire de réserver la question de l'interprétation des règlements douteux à l'autorité ou au juge administratif, et de reconnaître à l'autorité judiciaire l'appréciation de légalité.

Si l'autorité judiciaire ne peut connaître des actes de l'administration, comment peut-elle les interpréter ? alors que même sans en connaître, elle peut proclamer la supériorité de la loi.

Il y eut donc au début une différence entre les trois premiers cas d'ouverture par lesquels le Conseil d'Etat n'exigeait que la condition d'un intérêt froissé et le quatrième pour lequel il exigeait un droit violé.

Cette exigence est maintenant abandonnée (Arrêt Alcindor, Conseil d'Etat, 1^{er} juin 1906) et il n'existe plus de différence entre cette ouverture et les autres quant aux conditions de recevabilité.

Le Conseil d'Etat a ainsi organisé une police juridique en soumettant le pouvoir réglementaire à des règles précises et en interprétant plus étroitement sa subordination à la loi.

Le Conseil d'Etat l'a fait d'ailleurs avec d'autant plus de facilités qu'il se considérait moins comme une Cour de justice que comme un organe suprême de l'Administration (1).

Au début du siècle dernier, presque tous les actes du pouvoir exécutif étaient discrectionnaires ; aujourd'hui on cherche ceux qui le sont restés.

A la seule exception des actes de gouvernement où la raison d'Etat apparaît dans des cas soigneusement énumérés et limités, tous les actes de l'Administration ont été soumis tout au moins à des conditions étroites de compétence et de forme (2) et de légalité.

(1). Hauriou. Droit administratif, pages 384 et suiv. « Ce recours « est contentieux parce qu'il est porté devant un juge public, le « Conseil d'Etat, et qu'il aboutit à une décision en forme juridictionnelle ayant l'autorité de la chose jugée (par conséquent ne « pouvant être reprise) mais en soi il est un recours hiérarchique « devenu contagieux » à propos du recours pour excès de pouvoir. On peut donc parler ici d'une véritable auto-limitation du pouvoir exécutif.

(2). Voici la liste généralement admise des actes du gouvernement :

- 1° Actes relatifs aux rapports des pouvoirs publics ;
- 2° Actes relatifs à la sûreté intérieure de l'Etat (état de siège, mesure, sanctions) ;
- 3° Actes relatifs à la sûreté extérieure de l'Etat (actes diplomatiques, etc.) ;
- 4° Les faits de guerre ;
- 5° Les décrets de grâce ;

Sans vouloir entrer dans les détails, de ce mécanisme délicat, qui est l'excès de pouvoir, il faut dire qu'il est une notion complexe qui comprend à la fois du droit et de la police juridique.

Il y a excès de pouvoir lorsque l'administration dépasse les limites légales de ses attributions et celle des dépenses quand elle use de son pouvoir discrétionnaire dans un autre but que celui du service public (1), viole l'esprit ou le texte de la loi.

Cette police que le Conseil d'Etat exerce à l'égard des règlements du pouvoir exécutif, joue contre tous les actes de ce pouvoir.

C'est ainsi que pendant longtemps la jurisprudence n'admettait pas la possibilité du recours pour excès de pouvoir contre des règlements d'administration publique parce qu'elle voyait en eux des actes pris en vertu d'une délégation législative.

Mais depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 décembre 1907 (Chemins de fer de l'Est S. 1908-3-1 et la note Hauriou) il n'est plus d'acte réglementaire qui soit a priori soustrait à la possibilité du recours pour excès de pouvoir, et celui-ci assure la subordination étroite du règlement à la loi.

En tous cas, il faut penser de cette théorie, par ailleurs purement administrative, qu'elle est dans la logique constitutionnelle, en subordonnant étroitement le pouvoir régle-

6° Les annexions de territoire et les actes réglant leur conséquence ;

7° Les arrêtés des Gouverneurs des Colonies modifiant la situation légale des territoires coloniaux.

(1). L'opinion dominante est que le recours pour excès de pouvoir est une voie de nullité formelle et objective, qui est faite uniquement pour assurer la bonne administration. Laferrière, tome II, pag. 411 *in fine* ; Hauriou, pag. 386 ; Rolland, V. *Précis de droit administratif*.

En sens contraire, J. Barthelemy, *Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés*, 1899.

mentaire à la loi et en posant pour lui cette condition d'existence que son but est d'assurer le service public (1).

VI

Notre droit constitutionnel suppose donc deux pouvoirs dont l'un reste subordonné étroitement à l'autre.

Mais ce pouvoir législatif qui domine ainsi tout notre ordre positif, qui est le maître de disposer à son gré de la légalité, n'est-il pas tenu juridiquement par les règles mêmes qui organisent son pouvoir dans l'Etat ?

Lorsque l'Etat s'est constitué, c'est-à-dire lorsque la Nation s'est appropriée les institutions juridiques de l'Etat, n'a-t-il pas en même temps fixé la limite de son pouvoir d'intervention dans la création de la légalité positive, ou bien a-t-il laissé le soin à ses propres organes de fixer eux-mêmes et à chaque instant, selon l'opportunité, la limite de cette intervention.

Autrement dit, la légalité positive est-elle sous la domination du droit de la constitution.

*
**

C'est une vérité banale que l'on parle de constitution dans deux sens différents. Nous l'avons déjà signalé.

Il y a l'expression par laquelle on désigne l'ensemble des règles qui constituent les organes de l'Etat et en ce sens on peut dire que dès qu'il y a Etat, il y a constitution (2).

(1) Il y a lieu de remarquer que le contrôle du Conseil d'Etat joue beaucoup plus sur la manière d'organiser les services publics que sur la volonté de les organiser. Or, celle-ci est une notion de puissance publique qui reste le moteur essentiel du pouvoir exécutif.

Hauriou. Préface de la II^e édition du *Traité de Droit Administratif*.

(2). Les pays de constitution coutumière ou de constitution souple comme l'Angleterre, ne connaissent que le premier sens du mot.

Il y a aussi l'expression plus strictement juridique par laquelle on désigne les règles investies, grâce à la forme qu'elles revêtent d'une supériorité de valeur par rapport aux lois ordinaires.

C'est la distinction entre le sens formel et le sens matériel du mot constitution.

Que représentent l'une par rapport à l'autre, ces deux expressions.



La constitution au sens matériel du mot existe dès qu'il y a une règle organisant l'Etat, protégée par une volonté réelle détentrice de la souveraineté.

Le fondement en soi, de la règle importe peu. Elle a pu être créée par le peuple en révolution ou organisée par le précédent souverain (1).

L'essentiel est que le détenteur de la souveraineté, en lui assurant l'appui de sa volonté, l'ait fait passer sur le plan de l'organisation positive.

A partir de ce moment-là l'Etat est constitué suivant certaines règles et peut être modifié suivant les mêmes règles. Tant que la souveraineté ne changera pas, les modifications se feront tout naturellement selon les modes institués par elle (2).

La volonté de l'Etat s'exprimera donc par les organes ainsi constitués et le souverain sera ainsi censé dominer et organiser le commerce juridique qui ne saurait se passer de lui.

(1). Le problème de l'élaboration de la constitution originaire est un problème où le technicien le plus accompli se voit visiblement troublé par d'inéluctables problèmes philosophiques.

(2). Remarquons qu'il n'y a logiquement possibilité d'une révolution au regard de la constitution que lorsque la souveraineté passe de la tête d'une personne réelle sur une autre personne réelle. Sinon les changements se feront toujours logiquement selon le droit de la constitution.



La notion formelle de constitution est un peu différente.

C'est un ordre supérieur comprenant des règles reconnaissables à la forme dont elles sont revêtues, que le souverain reconnaît comme particulièrement graves et sans lesquelles il ne lui paraît pas que la personne juridique Etat puisse valablement traduire sa propre souveraineté sur le plan de l'organisation positive.

Ces règles ont compris tout d'abord et tout naturellement la constitution des pouvoirs de l'Etat.

Mais il est apparu rapidement qu'il y avait là un procédé technique qui pouvait être utile et l'on s'en est servi pour lier la souveraineté juridique de l'Etat en certaines matières..

Celle-ci comporte, avons-nous dit, un triple pouvoir.

1° La possibilité de refuser la personnalité juridique aux autres personnes réelles.

2° La possibilité de lui retirer la capacité juridique positive avec sa contre-partie nécessaire, la création des règles de droit positif dans toutes les matières où l'on refuse à l'individu un pouvoir propre sans régler ses actions.

3° La possibilité de limiter la capacité juridique négative.

Il a paru utile au titulaire de la souveraineté de fixer à l'avance le contenu pratique de ces pouvoirs en liant à leur égard le mécanisme juridique de l'Etat.

Cette notion formelle de constitution comporte comme conséquence, l'existence d'un ordre formel supérieur à l'ordre étatique.

Si donc celle-ci est divisée en pouvoirs indépendants et si l'un d'eux viole la constitution, les autres doivent dans la mesure du possible s'y opposer (1).

(1) « Le pouvoir et le devoir pour les tribunaux d'écarter les lois inconstitutionnelles n'ont pas besoin d'être consacrés par un texte exprès, au contraire il faudrait un traité formel pour

Particulièrement le pouvoir juridictionnel doit refuser d'appliquer une loi qui serait en violation de cet ordre supérieur. C'est ce qu'on appelle le contrôle de la constitutionnalité des lois.

VII

1. C'est un fait que ce contrôle n'existe pas en France.

Nous ne pensons pas pour notre part que les arrêts Win Kell (S. 1909-3-145 et la note Hauriou) et Tichit (S. 1913-3-137 et la note Hauriou) rendus par le Conseil d'Etat puissent être considérés comme ayant consacré le principe du contrôle juridictionnel et la constitutionnalité des lois (1).

Quant à l'arrêt Lepelletier rendu par le Tribunal des Conflits le 30 juillet 1873, à supposer qu'il puisse être interprété comme ayant institué ce contrôle, il n'est pas possible de lui conserver aucune valeur étant donné qu'il a été rendu avant la promulgation de la Constitution de 1875 (2).

« enlever aux juges le pouvoir de vérifier la constitutionnalité des « lois. » (Consultation de MM. Jèze et Berthelemy dans l'affaire des Tramways de Bucarest).

Revue de droit public, 1912, page 138.

(1) Tel est pourtant l'avis de M. Hauriou. Mais les arguments de l'éminent professeur sont loin d'être convaincants.

(2) On sait qu'un décret du Gouvernement de la Défense nationale avait supprimé en France l'ancienne garantie administrative résultant de l'article 71 de la Constitution de l'an VIII. Le Conseil d'Etat faisant fonction de Tribunal des conflits et la Cour de Cassation avaient d'abord conclu de là que toute garantie administrative était désormais supprimée, et que les fonctionnaires pouvaient être poursuivis devant les tribunaux judiciaires (Cass. 3 Juin 1872).

Le Tribunal des conflits une fois réorganisé après la loi du 24 mai 1872 reprit la question et décida que le décret du 19 décembre 1870 avait bien pu abroger la formalité de l'autorisation préalable aux poursuites exigées par l'article 705 de la loi de l'an VIII, disposition qui n'avait pas de valeur constitutionnelle, mais qu'il

Il paraît au contraire avec beaucoup de force que ce contrôle ne saurait exister en l'état actuel des textes.

C'est un principe traditionnel dans notre droit public que le contrôle de la constitutionnalité des lois lorsqu'il a été prévu a été conféré à une assemblée privilégiée (1).

Or, notre constitution est muette sur ce point.

D'autre part, nous avons vu que la constitution de 1875 n'a même pas élevé le pouvoir judiciaire à la hauteur d'un pouvoir constitutionnel.

Dès lors il faudrait un texte formel pour donner à l'autorité juridictionnelle qui n'est même pas nommée dans la Constitution la puissance de contrecarrer les décisions législatives (2).

Dans un article de la Revue politique et parlementaire du 10 septembre 1927, M. Carré de Malberg a montré parfaitement la connexion qui existe dans le système constitutionnel de 1875 entre la question de révision et la question du contrôle de la constitutionnalité des lois.

Le système de révision institué par la loi de 1875 est juridiquement un système de séparation des organes correspondants à un système de séparation des fonctions.

n'avait pu abroger le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

Nous pensons que le Tribunal des conflits en proclamant en 1872 que la séparation des pouvoirs judiciaires et administratifs était un principe constitutionnel, était à ce moment dans la tradition constitutionnelle. Cette tradition a été interrompue en 1875 et depuis il faut considérer la loi de 1872 comme étant le seul texte établissant cette séparation. C'est donc bien une séparation légale. Quant aux arrêts Winkel et Téchet ils ont été rendus à propos de la grève des fonctionnaires. L'interprétation qu'en donne M. Hauriou paraît si lointaine que nous ne saurions y insister. Nous croyons que la pensée du Conseil d'Etat a été beaucoup plus simple que celle que lui prête l'éminent juriste. Les fonctionnaires en faisant la grève se mettent d'eux-mêmes hors de la légalité et de la loi. Ils ne peuvent donc ensuite venir en réclamer l'application à propos de ces faits de grève.

(1) Constitution An VIII, art. 23, 28, 37, 72 ; S. C. organique 28 Flor. An XII, art. 70, 74, 110 ; S. de 1852, art. 25, 26, 28.

(2) Tel est d'ailleurs l'avis de M. Carré de Malberg dans son récent livre, *La loi, expression de la volonté générale*.

Mais cette séparation organique instituée entre le pouvoir instituant et le pouvoir législatif est plus théorique et nominale que réelle. (1).

Juridiquement, la séparation n'est pas absolue puisque la qualité de membre des chambres comporte de plein droit pour celui qui la possède le droit d'entrée à l'assemblée nationale.

Politiquement d'autre part, c'est de la volonté du personnel parlementaire que les questions constitutionnelles et les questions législatives dépendent simultanément.

Enfin, comme la délibération à Versailles ne comporte pas l'exigence d'un quorum spécial, le principe de la revision est acquis dès le vote de la double délibération préalable prise dans chacune des deux chambres à la majorité absolue (2), puisque l'addition de deux majorités absolues forme automatiquement une majorité absolue (3).

En réalité, derrière le dogme juridique, il n'existe pas de différence formelle entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires si ce n'est que les unes sont votées à Paris et les autres à Versailles.

Comme dit M. Carré de Malberg « On ne voit pas très bien comment les tribunaux pourraient défendre la Consti-

(1) cf. Carré de Malberg : *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome II, page 567.

(2) L'article 8 de la loi du 25 février 1875 est ainsi conçu : « Les Chambres auront le droit, par délibérations séparées prises dans chacune à la majorité absolue des voix, soit spontanément, soit sur la demande du Président de la République, de déclarer qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles, après que chacune des deux chambres aura pris cette résolution, elles se réuniront en Assemblée Nationale pour procéder à la revision. »

(3) Pendant une session de l'Assemblée Nationale, le Président de la République peut-il user de son droit de dissolution à l'égard de la Chambre des députés et, dans l'affirmative, une telle décision a-t-elle pour résultat d'entraîner la dislocation de l'Assemblée Nationale ?

M. Carré de Malberg soutient que la dissolution de la Chambre des députés reste possible, mais ne saurait atteindre l'Assemblée de revision. Nous ne pouvons souscrire à cette opinion et nous pensons que le principe constitutionnel reste que le Parlement et l'Assemblée Constituante doivent avoir le même personnel.

tution contre la volonté parlementaire, alors que cette volonté est elle-même maîtresse de nos lois constitutionnelles ».

L'introduction du recours juridictionnel exigerait que l'on établisse d'une manière effective la séparation du pouvoir législatif ordinaire du pouvoir constituant (1).



A supposer même que le principe puisse être introduit en France, aurait-il un grand effet pratique ?

Nos lois constitutionnelles sont essentiellement des lois d'organisation des pouvoirs politiques.

Notre constitution est purement politique.

Il n'existera donc jamais de lois dont les particuliers puissent réclamer l'abrogation si ce n'est celles qui règlent les pouvoirs politiques.

Mais en cette matière ce n'est pas sur le terrain juridique que se résolvent les questions.

Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois paraît utile ou même nécessaire lorsque les constitutions contiennent un bill des droits ou des déclarations expresses.

Ce n'est pas le cas de notre Constitution de 1875.

Faudra-t-il alors admettre une supra-constitutionnalité limitant la Constitution elle-même ?

Il faut se garder en cette matière de se laisser aller

(1). Ni objectivement ni subjectivement le pouvoir législatif n'est limité dans notre droit positif. Non seulement il n'existe pas un contentieux par l'annulation (ni par voie directe ni par voie diagonale) mais il n'existe pas non plus un contentieux de pleine juridiction lorsque une loi a violé avec évidence des droits acquis ou des situations légitimes.

L'Etat qui est responsable de ses actes d'administration ne l'est pas de ses actes de législation.

La règle est telle qu'elle protège les membres du pouvoir législatif même pour les fautes personnelles qu'ils pourraient commettre dans leurs fonctions (article 13 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875).

aux préjugés politiques (1) et je craindrais qu'hélas le juge de la supra-constitutionnalité ne s'y abandonnât trop facilement (2).

D'ailleurs en fait cette supra-constitutionnalité au nom de laquelle le juge pourrait reviser la constitution elle-même ne serait en somme que le produit subjectif de sa volonté. C'est là le vieux problème de la supériorité respective de la loi ou de la jurisprudence et nous ne serions pas des Latins, héritiers de la pensée grecque si nous ne nous prononcions ici en faveur de la logique et de la libre discussion qui nous paraissent, à l'inverse des pays anglo-saxons, préférables à la conscience d'un juge si haute qu'elle soit.

VIII

Notre droit positif consacre d'une façon à peu près absolue le règne de la loi.

Notre Constitution ne comprend que deux pouvoirs, le législatif et l'exécutif, dont l'un est strictement subordonné à l'autre et par les organes et par les principes.

Si, au point de vue formel, nos lois constitutionnelles ont une valeur supérieure aux lois ordinaires, ces lois n'intéressent que l'organisation politique.

Elles ne consacrent au profit des individus aucun droit subjectif dont ils puissent se réclamer juridiquement ; ni

(1) Lorsque M. Hanriou par exemple propose de considérer l'ordre individualiste comme supra-constitutionnel, il est évident qu'il défend une thèse politique. (Voir *Droit Constitutionnel*, pages 309 et suivantes).

(2) Voir la thèse de M. Pinto : *Des juges qui ne gouvernent pas*. M. Pinto est assez sévère pour le système américain et il n'est guère encourageant à ce sujet.

En sens contraire : Galfand, thèse Lyon : *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité aux Etats-Unis*.

personnalité juridique acquise de plano, ni capacité juridique minima positive ou négative ne lui sont accordées.

Seul le droit de participer à l'organisation de la volonté étatique par le moyen du suffrage universel lui est reconnu.

Encore faut-il reconnaître qu'il ne s'agit pas là à proprement parler d'un droit mais de l'exercice d'un d'un pouvoir de fait qui résulte du principe même de la souveraineté reposant sur le substratum réel de la nation.

D'autre part le pouvoir constituant n'existe pas à proprement parler en France. Il n'est qu'une fonction spéciale du législatif qui organise une procédure un peu différente pour ses délibérations lorsqu'il s'agit de procéder à une révision constitutionnelle.

Que faut-il penser du système ?

Nous ne voulons l'apprécier ni au point de vue de la liberté politique ni au point de vue de l'organisation logique.

Nous nous sommes placés constamment dans cette courte étude au point de vue le plus positif, celui de l'existence d'une règle effectivement sanctionnée.

Nous voulons conclure de ce même point de vue.



Si une idée pouvait se dégager de ces quelques lignes, ce serait bien l'identité constante du mécanisme par lequel le droit positif est constitué.

Il suppose toujours une volonté souveraine, c'est-à-dire une personne réelle, disposant d'un pouvoir de domination, assurant la sanction du droit, c'est-à-dire lui donnant une existence positive au moyen de la force.

Les règles d'actions consacrées par ce pouvoir de domination ne trouvent pas nécessairement leur fondement dans ce pouvoir.

C'est ainsi que lorsque l'Etat consacre les droits subjectifs des individus résultant des contrats privés, il sanc-

tionne des règles d'action qui n'ont pas leur origine dans la volonté étatique mais dans la volonté des individus.

Cette volonté des individus n'acquiert pourtant une valeur positive que parce qu'un pouvoir de contrainte en assure l'exécution.

La supériorité de la loi est de fixer des règles générales, mais lorsque l'Etat fixe à l'avance les normes de son intervention, il consacre une règle qui ne trouve son fondement que dans sa propre volonté.

C'est alors l'exercice même de la souveraineté sans lequel il n'y aurait pas de droit positif.

Dans notre législation cette souveraineté s'exprime par la loi qui représente à travers la volonté étatique, par le fait de la souveraineté populaire, l'expression de la volonté générale. Mais cette souveraineté n'est pas liée par une règle supérieure qu'elle aurait posée elle-même à l'avance, dans laquelle elle aurait fixé au regard des individus les limites juridiques de son pouvoir, et les conditions dans lesquelles elle aurait fait varier ces limites. Il reste qu'elle a préféré, au contraire, du droit souverain par exemple, les préféré, au contraire, du droit américain par exemple, les fixer et les modifier au gré des circonstances et au hasard de sa domination.



La liberté juridique de l'individu n'y trouve pas son compte car rien de l'assure de intervention plus ou moins opportune de l'Etat dans les domaines propres de son activité subjective.

Mais la liberté de fait y perd-elle ?

La liberté juridique c'est en effet la possibilité pour l'individu de fixer lui-même les normes de son activité en certaines matières.

C'était autrefois un dogme de notre droit révolutionnaire qu'elle devait être entière et ne trouver sa limite que dans l'application stricte de la notion d'ordre public.

Aujourd'hui les écoles nouvelles ont apporté des idées neuves.

La possibilité pour d'individu de fixer juridiquement les règles applicables à ses actions assure le triomphe du plus fort et réduit la liberté juridique à la contrainte de fait.

Des réactions vigoureuses ont été tentées et la capacité juridique tend à devenir de plus en plus négative, c'est-à-dire à être la possibilité de profiter le droit de l'Etat.

L'individu n'est plus considéré comme pouvant devenir titulaire de droits subjectifs. Un seul droit subjectif lui est reconnu : c'est le droit à l'application de la légalité, c'est-à-dire à l'application du droit objectif créé par l'Etat, autrement dit la personnalité juridique.

L'effort ainsi entendu n'était peut-être pas inutile. En tous cas, il mérite d'être regardé avec sympathie.

Que la liberté juridique de la création subjective ait été abandonnée de plus en plus au profit de la capacité objective en même temps que par une réaction naturelle l'individu participait de plus en plus à l'élaboration de la volonté étatique, cela est peut-être tant mieux.

Est-ce suffisant ?

La question reste politique et se résume, croyons-nous, dans le litige toujours ancien qui met aux prises une liberté souhaitable avec une autorité nécessaire.

Nous n'avons pas à l'examiner.

Mais en nous plaçant au seul point de vue du mécanisme juridique, nous sommes amenés à penser que peut-être notre système est insuffisant et qu'en tous cas des améliorations peuvent y être apportées.



Dans toute société organisée une expérience pratique démontre facilement, je crois, qu'il est un certain nombre de principes nécessaires qu'il importe de maintenir non

pour des nécessités de théorie transcendante, mais pour des raisons purement pratiques (1).

Ces principes dépendent des idées politiques reçues, des évolutions politiques et conditionnent beaucoup plus que la vie juridique théorique la vie sociale et quotidienne.

Il importe dès lors de les protéger non pas pour des raisons de doctrine mais pour des raisons de nécessité afin qu'un gouvernement de passage ne puisse y apporter des bouleversements néfastes.

Un stade supérieur peut donc être franchi. Dans le domaine juridique, c'est-à-dire dans les systèmes coordonnés qui nous régissent, on ne peut trouver, croyons-nous, de limite à la volonté de l'Etat que par la pratique de la Constitution.

Cette constatation ne satisfera pas sans doute les philosophes parce qu'elle place les limitations de la puissance publique non dans une théorie logique, mais dans une pratique technique.

Juridiquement la constitution formelle est un système de droit qui règle l'activité de l'Etat. Logiquement elle s'analyse comme une transaction entre la souveraineté de la puissance publique et la liberté (de fait ou de droit, peu importe) de l'individu.

Il nous indiffère la manière dont elle est née. La forme ici ne réagit pas sur le fond du droit.

L'importance est qu'elle constitue un système juridique prévu et organisé, qui mesure l'activité de l'Etat personne juridique lequel n'est pas libre d'apprécier les limites de son pouvoir, mais est tenu de suivre les prescriptions constitutionnelles.

Une constitution doit organiser à l'égard des individus des droits acquis et il n'appartient à l'Etat de les modifier

(1) Toute société suppose une force à l'abri de laquelle elle peut s'organiser et durer.

qu'avec leur agrément ou selon les modes prévus par la Constitution.

Quels doivent être ces droits ? Ceci n'est plus de la technique juridique mais de la politique.

De notre point de vue ce qui paraît important dans l'idée de constitution, ce n'est pas l'organisation formelle de telle ou telle forme de société, c'est l'interdiction pratique par les pouvoirs publics d'examiner certaines questions dans leur activité quotidienne.

Quelle que soit la forme de l'Etat, il y a, comme disait M. Duguit, des gouvernants et des gouvernés.

La constitution est une réaction des gouvernés sur les gouvernants. Elle fixe une série de questions particulièrement graves dont la solution ou la connaissance n'est permise que dans certains cas solennels et doit être réservée au groupe social tout entier.

Certes la constitution pose à son tour des problèmes graves. La constitution, qui se fonde sur des réactions passagères et par conséquent incertaines pour limiter les droits de l'Etat, ne risque-t-elle pas de stéréotyper pour l'avenir un état de fait qui, peu après avec l'évolution, risque de ne plus correspondre ni aux nécessités du pouvoir, ni aux aspirations des individus.

La réflexion est grave. Elle pose le problème de la désuétude des droits.

Il est évident que l'Etat, livré à lui-même, réglant sa propre compétence au gré des circonstances, forme un système beaucoup plus souple que le cadre rigide de la constitution.

La constitution risque parfois de consacrer au profit d'une minorité des droits dont la désuétude est évidente et qui ne correspondent plus ni aux nécessités sociales, ni aux idées philosophiques.

Certes, nous ne disconvenons pas que nul système de droit n'a jamais résisté ni aux faits, ni à la vétusté. Mais le problème n'est pas de savoir si la constitution ne finira pas par changer, ce qui est inévitable, mais justement

d'éviter le retard qu'elle apporterait à une évolution souhaitable en se maintenant longtemps contre toute évidence.

Il y a là un danger réel, mais sa solution peut être trouvée, croyons-nous, dans une certaine technique appropriée de la révision.

*
**

C'est pourquoi nous n'hésitons pas à nous prononcer pour l'Etat constitutionnel (1) qui nous paraît plus souhaitable que l'Etat politique qui reste la forme de nos institutions.

En même temps, il serait peut-être souhaitable que cette limitation de la souveraineté ne jouât pas uniquement sur le terrain interne, mais qu'elle préparât aussi la soumission de l'Etat aux disciplines interétatiques et favorisât l'avènement de cette souveraineté suprême qui pourra seule assurer la sanction des règles du droit international public et le faire enfin passer au rang des disciplines positives.

Mais ce ne sont là que des probabilités. — peut-être des rêves. Dans ses Dialogues philosophiques, Renan avait écrit trois chapitres : Certitudes — Probabilités — Rêves. Seule la première catégorie appartient aux juristes. C'est pour cela qu'il est temps d'employer la vieille formule : « *Claudite jam rivos pueri ; sat prata biberunt* ».

(1) En entendant le mot Constitution dans son acception formelle.

BIBLIOGRAPHIE

- J. BARTHÉLÉMY : Essai d'une théorie sur les Droits subjectifs des administrés, 1899.
Le rôle du pouvoir exécutif dans les démocraties modernes, 1907.
- BONNARD : Droit naturel et droit positif (*Revue internationale du Droit*, 1928-1929).
- CARRÉ DE MALBERG : Contribution à la théorie générale de l'Etat, 1^{re} édition, 2 v., 1921-1922.
- CUCHE : A la recherche du Fondement du Droit. Y a-t-il un romantique juridique (*Revue trimestrielle du Droit*, 1929).
- DUGUIT : Traité de Droit Constitutionnel, 3^e édition, 1927.
L'Etat, le Droit objectif et la loi positive, 1^{re} édition, 1901.
L'Etat, les gouvernements et les agents, 1^{re} édition, 1903.
- DUPEYROUX : Du système français de révision constitutionnelle (*Revue du Droit public*, 1931).
- DIADATO LAY : La philosophie du Droit. Edit. Française, 1887.
- ESMEIN : Traité de Droit Constitutionnel.
- PAUL FAUCHILFE : Traité de Droit International Public, 1923-1926.
- ETIENNE FOURNOL : Bodin prédécesseur de Montesquieu, Paris, 1898.
- GALLAND : Le Contrôle juridictionnel de la constitutionnalité aux Etats-Unis, Lyon, 1929.
- GELLINEK : L'Etat moderne et son Droit. Edit. Française.
- GÉNY : Science et technique en Droit privé positif, 1931.
Méthode d'interprétation et source en Droit privé positif, 2^e édit., 1919.
La notion de Droit en France, son état présent, son avenir (*Archives de philosophie du Droit et Sociologie juridique*, 1931).
Les bases fondamentales du Droit civil en face des théories de Léon Duguit (*Revue trimestrielle du Droit civil*, 1922).

GIDEL : Cours de Droit Public, 1929.

GLANON : Histoire du Droit Français, 7^e édition, 1921.

HAURIUO : Traité de Droit constitutionnel : 1^{re} édition, Sirey, 1923.

Traité de Droit administratif : 11^e édition, Sirey, 1927 ; 12^e

Traité de Droit administratif : 11^e édition, Sirey, 1927 ; 12^e édition revue par André Hauriou.

Les idées de Léon Duguit (*Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1911).

De la personnalité comme élément de la réalité sociale (*Revue générale du Droit*, 1898).

IHÉRING : L'esprit du Droit Romain, 1^{re} édit. franç.

JÉZE : Cours de Finances Publiques, 1922.

Principes généraux du Droit administratif, 1^{re} édition, 1904.

Cours de Droit Public, 1924.

KANT : Doctrine du Droit, traduct. Barine.

LE FUR : Droit International Public, 2^e édition, 1932.

Essai d'une définition synthétique du Droit.

MAURY : Observation sur les idées du Professeur Kelsen (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929).

MAY : Eléments de Droit Romain, 13^e édition, 1921.

MICHAUD : La théorie de la personnalité et son application au Droit Français, 3^e édition, 1923.

MONTESQUIEU : L'esprit des Lois.

RÉGLADE : Théorie générale du Droit dans l'œuvre de Léon Duguit (*Archives de philosophie du Droit et Sociologie juridique*, 1923).

SAVIGNY : Droit Romain, traduct. Quenon.

SALEILLES : Personnalité juridique, Histoire et théorie, 1^{re} édition, 1910.

Vu le Doyen,

ALLIX

Vu le Président de Thèse,

BARTHELÉMY

Vu et permis d'Imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris.

CHARLÉTY

